

PRESENTACIÓN

Parece que a nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil le quedan algunos meses para su jubilación. Dicen que ya no sirve para resolver los problemas de la actual sociedad. Algunos llegan a ser más críticos en sus comentarios y señalan que “La LEC no ha devenido anticuada, sino que ya era una ley anticuada y defectuosa en el momento de su aprobación”. ¿Qué pena, no? Hablar mal de una ley que se quiere jubilar. Qué mal quedaría si cuando se da una despedida por jubilación a una persona que ha estado toda su vida trabajando, en el típico discurso se le dice que fue siempre un inepto, que ya era hora de que se fuera, que afortunadamente va a venir otra persona a sustituirle y que entonces las cosas empezarán a funcionar.

La plaza de la centenaria ley va a ser ocupada (por el sistema de libre designación ya que parece que no ha aprobado las oposiciones por falta de unanimidad en el tribunal) por otra, más joven, esbelta, de menos artículos, moderna, interactiva, “democrática” y que, sobre todo, tiene mucha, muchísima prisa en entrar en vigor.

Personalmente tuve la suerte de conocer a la centenaria ley cuando no llegaban a los juzgados tantos asuntos, y las personas que la usaban desde hace tiempo me contaban que era una buena ley. En esa época no se hablaba de la necesidad de jubilarla. Pero ahora, en las últimas décadas se le culpa de los problemas de la justicia. La justicia es lenta por culpa de la LEC. Hay que cambiarla.

La administración de justicia implica burocracia. Se presentan solicitudes en una oficina, se les ponen unos cuantos sellos de entrada, se registran en unos libros (aún no se fían de los registros informáticos) se les da un número, se les añade una portada (el color varía dependiendo de los juzgados), a continuación se grapa un folio impreso en el que aparece una providencia de incoación (ya no se cose con hilo, eso es anticuado) y se acuerda que se le dé una copia al demandado para que dentro de un

determinado plazo presente otro escrito, al que se le pondrán otros sellos y que será grapado al expediente. En otros casos, en vez de decirle al demandado que presente un escrito, se le dice que venga al juzgado un día determinado para “hacer un juicio”. Esta fácil tarea puede complicarse, es posible que no se encuentre al demandado porque se encuentre ausente en horas de reparto, que se haya trasladado a vivir a otra ciudad, o lo que es peor ¡que resida en el extranjero! ¿Qué problema, no? Bueno, después de grapar al expediente otros cuantos folios, se acuerda que se dé traslado al actor de la incidencia producida. Otro nuevo escrito, otro sello, otro registro de entrada. El actor, dependiendo del caso, dice que se vuelva a intentar la diligencia bien en el mismo domicilio o en otro distinto, que se libre un exhorto a otro juzgado, que se remita una comisión rogatoria (el funcionario judicial al leer el escrito se acuerda de aquella comisión rogatoria que envió hace bastantes años, que se la devolvieron dos veces y que aún no la ha recibido cumplimentada) o en última instancia que se le cite/emplace por algún boletín oficial (siempre he pensado que el motivo de que no se lean estos periódicos es que falta la sección de deportes). Después de localizar al demandado puede suceder que diga que carece de bienes y que necesita que se le nombre un abogado de oficio. Paralización de autos. Envío de comunicaciones a los Colegios de abogados y procuradores, etc. Más papel.

Bueno, ya está todo listo para celebrar el juicio o, en otros casos, para abrir el periodo probatorio. Practicar las pruebas, es complicado. Exhortos, oficios, mandamientos, citación a testigos, más papel, más grapas. Al final, la mitad de las pruebas no se han podido cumplimentar dentro del periodo concedido para ello. Algunos jueces, con el material probatorio que tienen dictan sentencia. Otros, acudiendo a las diligencias para mejor proveer esperan a que lleguen el resto de las pruebas. Se dicta sentencia (unas veces antes, otras después). Se notifica a las partes. Cuando hay recurso de apelación, a esperar el señalamiento para dentro de un tiempo (en unas Audiencias antes, en otras después). Luego la ejecución. Más escritos. Más grapas.

En fin, que desde que se presentó la demanda hasta que se consigue ejecutar pasa mucho tiempo y claro, la culpa de la LEC. Está vieja, ya no sirve. ¿Qué culpa tiene la LEC de que el juicio se señale para dentro de dos, tres, cuatro... meses?; De que, en ocasiones, en practicar la diligencia de emplazamiento se tarde bastante tiempo; De que las comisiones rogatorias no se devuelvan; De que los edictos tarden más de cuatro me-

ses en publicarse en los diarios oficiales; De que las pruebas no se practiquen dentro del plazo señalado; De que la sentencia no se dicte cuando debe hacerse; De que el recurso de apelación tarde años en resolverse....

Siempre he dicho que cualquier burocracia reestructurada para ser mas eficiente es al cabo de poco tiempo idéntica a la situación anterior. Es decir, el problema no está en la ley, el problema está en la burocracia que conlleva la administración de justicia. Un ejemplo. Art. 1.897 de la LEC: *“Admitida la solicitud —de medidas provisionales—, el Juez acordará citar a las partes y al Ministerio Fiscal con cuatro días de anticipación, por lo menos, a una comparecencia, que tendrá lugar en plazo no superior al de los quince días siguientes a la presentación del escrito.”* ¿Hay algún juzgado en España que como norma celebre la comparecencia de medidas provisionales antes de los quince días de haberse presentado la demanda de separación? No hay que preocuparse ¡la nueva ley viene a solucionar el problema!: art. 775 del proyecto, *“A la vista de la solicitud, el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que se celebrará en los diez días siguientes.”* La ingenuidad del legislador llega a cotas insospechadas. Qué mas da, si en la ley dice que la comparecencia se celebrará dentro de quince, diez o al día siguiente. La comparecencia, teniendo en cuenta que la agenda está repleta de señalamientos, se celebrará cuando le corresponda por su orden, cuando se pueda. Es decir, el problema no está en cuándo se debe celebrar, sino en cuándo se puede celebrar. Otra cuestión distinta, por supuesto, es si en igualdad de condiciones (dotación personal y número de asuntos) unos juzgados dictan el auto de medidas provisionales antes que otros.

Analicemos otro ejemplo: la solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo. En la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se indica que, en el plazo de tres días, a contar desde la presentación de la demanda, el Juez requerirá a las partes para que dentro de igual plazo ratifiquen por separado su petición de separación o divorcio. El Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días. En el art. 778 del proyecto de LEC se señala que *“A la vista de la solicitud de separación o divorcio, se mandará citar a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición... inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador”*. ¿Será verdad que admitida la

demanda a trámite en el plazo de tres días se va a dictar sentencia de separación o de divorcio cuando no hay descendencia? Creo que muchos abogados firmarían con los ojos cerrados obtener la sentencia en un mes.

Sin desconocer que la actual LEC pudiera admitir una nueva redacción acomodándola a las necesidades de la sociedad actual y a los avances tecnológicos, ¿no será mejor empezar reformando el funcionamiento de la oficina judicial? Pero claro, ese es otro problema. No tiene solución legislativa. Es presupuestaria. Si el número de asuntos que llega a los juzgados va creciendo alarmantemente año tras año, y la creación de juzgados no lo hace al mismo ritmo, difícil solución tiene la lentitud de la justicia. Si no se quiere o no se puede crear más órganos judiciales, otra solución es que lleguen menos casos a los juzgados, bien limitando el acceso a partir de una determinada cuantía (he visto verbales de tráfico en los que se reclamaban 16.000 pts. y para celebrar el juicio fueron necesarios dos señalamientos con sus correspondientes citaciones) o bien reinstaurar las tasas judiciales de manera que el usuario de la justicia civil abone los gastos de la utilización del servicio público, de esta forma se racionalizaría la proliferación de conflictos judiciales.

Como sabemos que la oficina judicial no se va a reformar por ahora, si es que algún día llega a hacerse, bueno será apuntar algunas medidas estrictamente procesales que podrían aliviar esa lentitud. Si la nueva LEC quiere ser avanzada, que lo sea de verdad, por ejemplo, en las separaciones de mutuo acuerdo tiene que romper los esquemas actuales. Para que se decrete la separación bastaría que, el día que quisiesen los cónyuges, en unión de su abogado, comparecieran con su demanda en el juzgado (en la oficina de reparto se podría conocer de forma inmediata a qué juzgado deben dirigirse) y tras ratificarse en su petición se dictase “in voce” la sentencia. Nos ahorraríamos la providencia de incoación, la notificación a la parte, la citación al otro cónyuge si la petición no es solicitada por ambos, en ocasiones un escrito de la parte notificando al juzgado que uno de los cónyuges no puede asistir en el día señalado, el auto de admisión a trámite de la demanda, la notificación del auto. En otro orden de cosas ¿no sería mejor que la causa de separación o de divorcio se resolviera en una comparecencia, y que dejásemos el pleito principal y sus treinta días de prueba para adoptar las medidas? ¿Por qué no se modifican las medidas a través de unos simples incidentes de ejecución de sentencia (6 días para contestar y 20 de prueba)? ¿Por qué, una vez que ha incumplido el demandado su obligación de pago de la pensión, no se

le da un oficio a la parte ejecutante para que haciendo uso de él pueda dirigirse a cualquier entidad pública o privada para que se retenga la pensión, en vez de comparecer una y otra vez en el juzgado con esa finalidad cuando el demandado cambia constantemente de trabajo?... Seguro que todos los que diariamente nos vemos en los juzgados podemos aportar ideas para agilizar los procedimientos. Otra cosa es que las tengan en cuenta.

Antonio Javier Pérez Martín

INDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- La pensión compensatoria. *Eusebio Aparicio Auñón* 23
- Los menores extranjeros en situación de desamparo. *Elena Arce Jiménez* 67

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 89
- I. Solicitud de suspensión de la ejecución de la sentencia que atribuye la guarda y custodia compartida a ambos progenitores (*Auto de 14 de diciembre de 1998*) 89
- II. Responsabilidad civil en la condena por impago de pensiones (*S. de 12 de abril de 1999*) 91
- III. Dilaciones indebidas en la tramitación del incidente de oposición al auto de medidas provisionales (*S. de 26 de abril de 1999*) 95

	<u>Página</u>
TRIBUNAL SUPREMO	99
I. Uniones de hecho	99
1. Juzgado competente para el conocimiento de la demanda de menor cuantía interpuesta para regular las relaciones paternofiliales (<i>Auto de 17 de noviembre de 1998</i>)	99
2. No existencia de derecho a la pensión de viudedad en las uniones de hecho (<i>S. de 19 de noviembre de 1998</i>)	101
II. Filiación	103
1. Práctica de la prueba biológica (<i>S. de 19 de septiembre de 1998</i>)	103
2. Prueba biológica practicada de forma privada entre las partes (<i>S. de 4 de septiembre de 1998</i>)	106
3. Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad por falta de pruebas (<i>S. de 26 de septiembre de 1998</i>)	107
4. Práctica de la prueba biológica (<i>S. de 29 de septiembre de 1998</i>)	109
5. Reclamación de paternidad. Exigencia del art. 127 del CC de acompañar a la demanda un principio de prueba (<i>S. de 3 de octubre de 1998</i>)	111
6. Valoración de la prueba pericial (<i>S. de 5 de octubre de 1998</i>)	114
III. Regímenes económicos matrimoniales	115
1. Responsabilidad por deudas privativas y gananciales	115
1.1. Embargo de inmueble inscrito presuntivamente como ganancial (<i>S. de 28 de septiembre de 1998</i>)	115
1.2. Validez de las capitulaciones matrimoniales (<i>S. de 18 de noviembre de 1998</i>)	119
2. Liquidación de la sociedad de gananciales	121
2.1. Calificación de bienes (<i>S. de 24 de septiembre de 1998</i>)	121
2.2. Adición de bienes a la liquidación de la sociedad de gananciales (<i>S. de 23 de noviembre de 1998</i>)	123

	<u>Página</u>
IV. Patria potestad	125
1. Responsabilidad de los padres por las lesiones causadas por el hijo a otro menor (<i>S. de 17 de septiembre de 1998</i>)	125
2. Responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos menores (<i>S. de 13 de octubre de 1998</i>)	127
V. Vivienda familiar	130
1. Atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de la sociedad de gananciales (<i>S. de 3 de noviembre de 1998</i>)	130
VI. Error judicial	132
1. Inexistencia de error judicial en procedimiento de separación matrimonial (<i>S. de 16 de septiembre de 1998</i>)	132
VII. Sucesiones	135
1. Nulidad de compraventa y de contrato de vitalicio (<i>S. de 28 de julio de 1998</i>)	135
2. Disposición testamentaria con normas de partición (<i>S. de 7 de septiembre de 1998</i>)	138
3. Nulidad de testamento otorgado ante Notario y tres testigos (<i>S. de 19 de septiembre de 1998</i>)	140
VIII. Penal	144
1. Juzgado competente para el conocimiento del delito de impago de pensiones (<i>Auto de 16 de noviembre de 1998</i>)	144
IX. Fiscal	146
1. Sociedad de gananciales y tributación por IRPF (<i>S. de 17 de octubre de 1998</i>)	146
2. Tributación de la cesión de bienes efectuada en una liquidación de gananciales. Liquidaciones paralelas efectuadas por la Oficina Gestora (<i>S. de 24 de octubre de 1998</i>)	148

	<u>Página</u>
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	151
I. Filiación	151
1. Si la madre no es parte en el procedimiento de reclamación de paternidad procede acoger la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 22 de junio de 1998</i>)	151
II. Uniones de hecho	155
1. La denegación de la pensión de viudedad a la conviviente de hecho no infringe norma constitucional alguna (<i>TSJ ANDALUCÍA, S. de 26 de junio de 1998</i>)	155
2. Concesión de pensión de viudedad a la conviviente de hecho (<i>TSJ MADRID, S. de 2 de julio de 1998</i>)	157
3. Denegación de pensión de viudedad a la conviviente de hecho (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 8 de octubre de 1998</i>)	159
III. Pensiones de viudedad	161
1. Concesión de la totalidad de la pensión de viudedad a la ex esposa del causante cuando no concurre ninguna otra beneficiaria (<i>TSJ PAÍS VASCO, S. de 2 de junio de 1998</i>) .	161
2. No procede conceder la cuantía íntegra de la pensión de viudedad a la primera esposa por la circunstancia de que la segunda haya perdido su parte proporcional al contraer nuevo matrimonio (<i>TSJ CANARIAS, S. de 17 de junio de 1998</i>) ..	162
3. Concesión de pensión de viudedad aunque el matrimonio no estuviese inscrito en el Registro Civil (<i>TSJ ANDALUCÍA, S. de 10 de julio de 1998</i>)	164
IV. Regímenes económicos matrimoniales	166
1. Actos de disposición de la vivienda familiar (<i>TSJ BALEARES, S. de 3 de septiembre de 1998</i>)	166
2. Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación (<i>TSJ NAVARRA, S. de 25 de septiembre de 1998</i>)	170

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	173
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	173
1. Separación	173
1.1. Acreditada la quiebra o ruptura grave de la convivencia entre ambos cónyuges, procede decretar la separación en base al art. 82.1º del Código Civil, sin que exista base para imputar la causación de tal crisis a alguno de dichos esposos. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4ª, S. de 15 de julio de 1998</i>	173
1.2. Dentro de la causa del art. 82.1º debe incluirse las desavenencias que implican una imposibilidad de vida pacífica en común. <i>AP VALENCIA, Sec. 6ª, S. de 19 de junio de 1998</i>	174
2. Divorcio	175
2.1. No concurre la causa de divorcio del art. 83.1º, cuando queda acreditado que el esposo acudía regularmente a la vivienda, aunque sólo fuera para dormir, ya que esta circunstancia revela que los lazos entre los esposos no estaban rotos del todo. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 4ª, S. de 3 de noviembre de 1998</i>	175
3. Nulidad	176
3.1. Procede declarar la nulidad del matrimonio cuando, acreditada la existencia de un primer matrimonio, el demandado no prueba su disolución. Concesión de la indemnización del art. 98 del CC. <i>AP BURGOS, Sec. 2ª, S. de 29 de septiembre de 1998</i>	176
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas	177
1. Patria potestad	177
1.1. Las deterioradas relaciones existentes entre ambos progenitores no revisten el carácter de causa grave y con entidad suficiente para privar al padre del ejercicio de la patria potestad, conviniendo, por el contrario, a los intereses del menor, que deben primar siempre, la restitución al padre de dicho ejercicio. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 3ª, S. de 29 de octubre de 1998</i>	177

	<u>Página</u>
2. Guarda y custodia	179
2.1. No procede modificar la guarda y custodia cuando queda acreditado que el menor ha permanecido con el padre durante los dos últimos años y la madre no ha demostrado con sus actos un seguimiento acerca de la vida del niño. <i>AP VALENCIA, Sec. 9ª, S. de 1 de junio de 1998</i>	179
2.2. No procede atribuir la guarda y custodia compartida, ni la alternancia en los sucesivos cursos escolares. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 2 de octubre de 1998</i>	179
3. Régimen de visitas	180
3.1. Teniendo en cuenta la edad de la menor —14 años— y que sólo ha visto a su padre en una fotografía no procede fijar régimen de visitas hasta tanto en ejecución de sentencia el padre demuestre el interés por la hija y, en este caso, su fijación sería de forma progresiva. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 13 de julio de 1998</i> .	180
3.2. Teniendo en cuenta que las reticencias de los menores a relacionarse con su padre carecen de una justificación que deba ser acogida por los tribunales como causa de suspensión del régimen de visitas, y que dicha relación es necesaria y obligatoria, procede reanudarlo de inmediato. <i>AP BARCELONA, Sec. 12ª, Auto de 20 de noviembre de 1998</i>	181
3.3. No procede fijar por ahora régimen de visitas a favor de la madre teniendo en cuenta el largo período en el que ha estado sin relación ni contacto alguno con el hijo. Procede atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad al padre. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 9 de octubre de 1998</i>	183
III. Vivienda familiar	184
1. Teniendo la vivienda carácter ganancial, durante la sustanciación del procedimiento matrimonial ambos tendrán que abonar el 50% de las cuotas de la hipoteca que pesan sobre el inmueble. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 20 de octubre de 1998</i>	184

	<u>Página</u>
2. No procede hacer atribución del uso de la vivienda familiar cuando ambos cónyuges han mostrado su voluntad de proceder a la venta de la misma. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 21 de octubre de 1998</i>	185
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	186
1. La alegación de que el progenitor se encuentra en desempleo no es motivo para eximirle de su obligación alimenticia respecto al hijo menor de edad. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 9 de octubre de 1998</i>	186
2. Procede declarar extinguida la pensión alimenticia del hijo mayor de edad que no convive en el domicilio familiar y que compatibiliza sus estudios realizando un trabajo por el que percibe ingresos superiores al salario mínimo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 2 de octubre de 1998</i>	187
V. Pensión compensatoria	188
1. Procede fijar un límite temporal de cinco años a la pensión compensatoria. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 24 de noviembre de 1998</i>	188
VI. Cuestiones procesales	189
1. Los órganos jurisdiccionales españoles tienen jurisdicción en el proceso matrimonial cuando las partes se han sometido a ellos, expresa o tácitamente y por ello procede revocar el auto de no admisión de la demanda de divorcio, debiendo estarse a la actitud del demandado al respecto. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 9 de julio de 1998</i>	189
2. Sólo los cónyuges pueden ser parte en los procedimientos de modificación de medidas. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2ª, S. de 27 de julio de 1998</i>	190
3. Los juzgados de Familia son competentes para conocer del incumplimiento de las obligaciones contraídas por los cónyuges en un convenio regulador de la separación de hecho. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2ª, Auto de 22 de julio de 1998</i>	191
4. No cabe denegar la adopción de medidas provisionales en base a que se encuentran vigentes las medidas previas o provisionales. <i>AP HUESCA, S. de 17 de julio de 1998</i>	192

	Página
5. Procede declarar la nulidad del procedimiento cuando ha conocido de la demanda de modificación de medidas un juzgado distinto del que las dictó en el procedimiento de separación. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 2 de octubre de 1998</i>	193
VII. Ejecución de sentencias	194
1. No procede conceder efectos retroactivos a las actualizaciones de la pensión compensatoria cuando han transcurrido más de siete años desde que pudo solicitarse. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1ª, Auto de 22 de junio de 1998</i>	194
2. El incumplimiento de las cláusulas de contenido económico que se incluían en el convenio regulador generará los intereses legales desde la fecha de la aprobación judicial. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4ª, Auto de 9 de mayo de 1998</i>	195
3. No procede deducir de la pensión alimenticia el importe de las cuotas de comunidad. <i>AP LUGO, Sec. 1ª, Auto de 29 de abril de 1998</i>	196
4. La carga de la prueba de que se han pagado las pensiones recae sobre el demandado y no sobre la parte que pide la ejecución. <i>AP CÁCERES, Sec. 1ª, S. de 26 de octubre de 1998</i>	197
5. Si la esposa e hijos abandonaron la vivienda hace tiempo para trasladarse a otra, permitiendo que el esposo la ocupase, no procede ahora efectuar el lanzamiento de este último. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5ª, Auto de 12 de noviembre de 1998</i>	198
6. No existe obstáculo alguno para que se retenga al demandado la totalidad de la prestación que percibe del INEM a fin de atender al pago de la pensión alimenticia de los hijos. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5ª, Auto de 26 de noviembre de 1998</i>	199
VIII. Régimen económico-matrimonial	200
1. La indemnización por regulación de empleo que percibió el esposo con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales tiene carácter privativo. <i>AP MÁLAGA, Sec. 6ª, S. de 19 de noviembre de 1998</i>	200
2. No pueden incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales las deudas que se hayan generado por la adquisición de bienes privativos, aun cuando su uso se haya atribuido al otro cónyuge y a los hijos. En cambio sí procede incluir el préstamo que el padre hizo al esposo. <i>AP ÁVILA, S. de 13 de abril de 1998</i>	201

	Página
3. La oficina de farmacia adquirida constante la sociedad con dinero privativo y ganancial pertenece en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción a las respectivas aportaciones. <i>AP ÁVILA, S. de 13 de abril de 1998</i> . . .	202
4. No tienen carácter ganancial los bienes adquiridos por los cónyuges que, a pesar de convivir en el mismo domicilio, mantenían una separación de hecho y realizaban vidas totalmente independientes. <i>AP VALENCIA, Sec. 8ª, S. de 28 de septiembre de 1998</i>	203
IX. Procedimientos de menores	205
1. Lo primordial siempre es el interés del menor, y solo cuando no sea contrario a ese interés se procurará la integración en la familia. <i>AP VALENCIA, Sec. 3ª, Auto de 2 de julio de 1998</i>	205
2. No procede dejar sin efecto la resolución del desamparo cuando ha quedado acreditado que el padre, tras el fallecimiento de la madre, se despreocupó de la menor. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, Auto de 19 de noviembre de 1998</i>	206
X. Filiación	207
1. Acreditada la relación de noviazgo que se rompió con el nacimiento de la menor, procede declarar la paternidad del demandado. <i>AP MADRID, Sec. 22ª, S. de 23 de octubre de 1998</i> . .	207
2. A pesar del allanamiento de la madre biológica y del padre que figura como tal en el Registro Civil, no procede decretar la filiación paterna no matrimonial del actor ante la falta de otras pruebas. <i>AP ALICANTE, Sec. 6ª, S. de 20 de noviembre de 1998</i>	208
XI. Uniones de hecho	209
1. La división del patrimonio común de una unión de hecho no es competencia del juzgado de familia. <i>AP BARCELONA, Sec. 18ª, S. de 4 de octubre de 1998</i>	209

	<u>Página</u>
XII. Eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas	210
1. Al tener la causa de nulidad canónica (falta de discreción de juicio) paralelismo con la causa de nulidad civil (falta de consentimiento) procede conceder eficacia civil a la sentencia eclesiástica. <i>AP ÁVILA, S. de 24 septiembre 1998</i>	210
XIII. Temas penales	213
1. Procede condenar al denunciado por impago de pensiones, ya que éste no puede sustituir su obligación por la concertación de un plan de pensiones del que la menor no podrá disponer en la actualidad. No excluye la aplicación del tipo penal que no haya habido requerimiento de pago, pues era sabido por el acusado su obligación de abonar todos los meses la citada pensión. <i>AP ORENSE, S. de 6 de noviembre de 1998</i>	213
2. La recurrente considera acreditada la capacidad económica del denunciado que deduce de indicios como el despido sin indemnización, una empresa sin actividad y una situación de salud física y mental a pesar de no tener trabajo durante largo tiempo, sin embargo la Audiencia aprecia que los mismos no son más que meras suposiciones o probabilidades que no han quedado acreditadas. <i>AP MADRID, Sec. 6ª, S. de 12 de noviembre de 1998</i>	214

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	219
1.1. Al ser de aplicación la legislación foral de Navarra, el reconocimiento del hijo no matrimonial efectuado por el padre ante el Encargado del Registro Civil no necesita ser completado con ningún otro consentimiento. <i>R. de 7 de mayo de 1998</i>	219

	<u>Página</u>
2. Matrimonio	221
2.1. Procede denegar la inscripción del matrimonio celebrado por poder teniendo en cuenta las contradicciones absolutas e insalvables entre las declaraciones de uno y de otro sobre cómo entraron en relaciones antes de la boda, el desconocimiento mutuo sobre las circunstancias e identidad de ambos, y la falta posterior de contacto entre ellos, ni siquiera por carta ni por teléfono. <i>R. de 1 de junio de 1998</i>	221
2.2. Procede denegar la inscripción del segundo matrimonio hasta tanto conste inscrito el primero de ellos y la sentencia de divorcio dictada por un tribunal de Estados Unidos obtenga el preceptivo exequátur ante el Tribunal Supremo. <i>R. de 4 de junio de 1998</i>	223
3. Vivienda	225
3.1. No procede denegar la anotación de un mandamiento de embargo decretado sobre una vivienda privativa ante el riesgo de que pueda ser la habitual del deudor y su familia. No recaer sobre el ejecutante la carga de probar que la vivienda embargada no es la habitual. <i>R. de 13 de julio de 1998</i>	225
3.2. Para poder embargar la mitad indivisa de una vivienda que pertenece proindiviso a los dos cónyuges es preciso, bien declarar que no es la vivienda habitual de la familia, bien notificar la demanda al otro cónyuge. <i>R. de 7 de octubre de 1998</i>	231
4. Regímenes económicos matrimoniales	235
4.1. Los cónyuges pueden liquidar la sociedad de gananciales como tengan por conveniente no precisándose aprobación judicial para las estipulaciones de contenido exclusivamente patrimonial que sólo a ellos incumben. No existe obstáculo para que, como complemento a la liquidación, se constituya a favor de uno de ellos un usufructo vitalicio respecto de un bien privativo del otro cónyuge. <i>R. de 1 de septiembre de 1998</i>	235

	Página
4.2. No procede denegar la inscripción de una compraventa efectuada por quien figura como titular registral con la cualidad de separado y exigir que el mismo acredite que en el momento de adquirir la finca se encontraba, en efecto, legalmente separado y el régimen económico que tenía el matrimonio. <i>R. de 1 de octubre de 1998</i>	241

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional. <i>Mayte Echezarreta Ferrer</i>	247
---	-----

DERECHO COMPARADO

— Alimentos, indemnizaciones y compensaciones entre divorciados. <i>Antonio Aparicio Hackett</i>	273
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

— Problemática de la competencia para la modificación de las medidas que se han adoptado por un Tribunal extranjero	287
---	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Proposición de Ley de Creación del Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Complementarias en supuestos de ruptura matrimonial o del núcleo familiar y de alimentos	293
— Proposición de Ley del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos	296

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

— Publicaciones y Noticias	303
----------------------------------	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA PENSIÓN COMPENSATORIA

EUSEBIO APARICIO AUÑÓN

Magistrado

Doctor en Ciencias Económicas

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. DE LA COMPENSACIÓN DE OBLIGACIONES A LA COMPENSACIÓN DE POSICIONES ECONÓMICAS**
- III. DESEQUILIBRIO, POSICIÓN, EMPEORAMIENTO**
- IV. OTROS EJEMPLOS DE DESIGUALDADES PEYORATIVAS EN NUESTRO DERECHO**
- V. INTERPRETACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 97 DEL CC**
- VI. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN EN ECONOMÍA**
- VII. REGLAS DE IMPUTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR**
- VIII. LA DESIGUALDAD PEYORATIVA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES**
- IX. EL EMPOBRECIMIENTO INJUSTO, COMÚN DENOMINADOR DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENIO**
- X. OBLIGACIÓN COMPENSATORIA: DEFINICIÓN Y CARACTERES**
- XI. NATURALEZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**
- XII. CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA ASISTENCIAL**
- XIII. LA CUÁDRUPLE RAÍZ DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**
- XIV. LA CUANTÍA BÁSICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**
- XV. LÍMITES DE LA REVISIÓN AL ALZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**
- XVI. LA DURACIÓN BÁSICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**
- XVII. PÉRDIDA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**
- APÉNDICE: Breve Historia Genealógica de la Culpa.**

I. INTRODUCCIÓN

Entre las novedades introducidas por la Ley 30/1981, de 7 de julio, está la pensión regulada en el art. 97 Cc, que dice así:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1.^a *Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.^a *La edad y estado de salud.*
- 3.^a *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.^a *La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.^a *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.^a *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.^a *La pérdida eventual de un derecho a pensión.*
- 8.^a *El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar y las garantías para su efectividad.

Esta pensión en favor del cónyuge que queda en desventaja después de la separación o el divorcio circula en los ámbitos forenses con el nombre de **pensión compensatoria**. En realidad la ley no le da este nombre ni tampoco el de pensión indemnizatoria que tenía en el Proyecto.

Si nos fijamos en las circunstancias que el artículo menciona (*ad exemplum* o entre otras) para graduar la pensión, algunas parecen conferirle carácter de pensión **alimenticia** (así la 8^a recuerda el módulo alimenticio del art. 146). Otras, carácter de pensión **indemnizatoria**, por pérdida del trabajo colaborador (5^a) o del derecho o expectativa de derecho a una pensión. Otras el de un **salario diferido**, por el trabajo doméstico realizado, o de remuneración por el pendiente de realizar (4^a). Otras, el de **ayuda o viático**, por razones humanitarias, en consideración a la edad y estado de salud (2^a), a la (falta de) cualificación profesional y a la (falta de) probabilidades de acceso a un empleo (3^a), a los años de matrimonio y a los de convivencia (6^a). En fin, para que nada falte en una fórmula tan alambicada y ecléctica, se apunta en primer lugar al posible origen contractual de la pensión (1^a).

Nos preguntamos entonces: ¿estamos realmente ante una pensión compensatoria? Si es así, ¿qué quiere decir compensatoria? ¿Qué cosas, obligaciones o servicios se compensan o se recompensan con la pensión?

¿Se trata de una pensión indemnizatoria? Si es así, ¿qué daños se indemnizan?

¿Es la pensión un intento de perpetuar el *status quo* económico que se tenía durante el matrimonio? ¿Una forma de equilibrar los ingresos de ambos esposos? ¿De igualar las pensiones? ¿De igualar las oportunidades de ambas partes para conseguir su independencia económica?

¿Es una ayuda al cónyuge necesitado, *sub conditione* de que no vuelva a casarse o a convivir maritalmente, cuya contrapartida *mortis causa* sería el legado de pensión regulado en el art. 793.3º, por el tiempo que el legatario permanezca soltero o viudo?

Estas y otras preguntas por el estilo no son fáciles de contestar, porque nos falta una teoría general de la compensación donde insertar la pensión del art. 97 y distinguirla, en su caso, de la indemnización, de los alimentos, del enriquecimiento injusto y de otras instituciones afines.

Trataré en este artículo de dar contestación a algunas de estas preguntas desarrollando el siguiente programa:

Haré, primero, un bosquejo a grandes rasgos de una teoría general de la **compensación**, acometiendo el problema por la vía de generalizar el fenómeno clásico de la compensación de obligaciones, para extenderlo a la compensación de otros objetos económicos o jurídicos (compensación de culpas, compensación de riesgos, *compensatio lucri cum damno*, etc.), y llegar así —o intentarlo— a la noción de “compensación de posiciones económicas” de los cónyuges en trance de separación o divorcio, analizando de paso los conceptos económicos implicados en el art. 97 tales como “desequilibrio”, “posición”, “empeoramiento” y “compensación”.

En segundo lugar, identificaré una clase importante de obligaciones que dimanen de la ley, a las que denomino **obligaciones compensatorias**: ofreciendo su definición, características, y un repertorio de ejemplos. Se acepta la tesis de PLANIOL según la cual las obligaciones que nacen de la ley tienen por finalidad evitar una lesión o perjuicio injusto (en nuestra terminología, un empobrecimiento injusto) o compensarlo, si se ha producido. La clasificación de las obligaciones compensatorias se corresponde con la tipología de los diversos modos de empobrecimiento injusto.

En tercer lugar, me ocuparé de las reglas de imputación de las obligaciones que se contraen sin convenio. La división tripartita clásica de estas últimas en cuasicontratos, delitos y cuasidelitos —los primeros siempre asociados con si-

tuaciones de enriquecimiento injusto ⁽¹⁾—, no agota toda la materia. Hay otra clase de obligaciones civiles cuyo criterio de imputación no es la culpa ni el enriquecimiento torticero, sino la equidad. En estos casos no puede decirse que la obligación derive de un hecho ilícito, ni tampoco de un *factum honestum*. La situación es fortuita y por tanto la obligación compensatoria que trata de remediarla se resiste a ser clasificada ni como obligación procedente de culpa ni como procedente de hechos lícitos y voluntarios de los que dan lugar a obligaciones cuasicontractuales.

La aparición de esas situaciones de desequilibrio económico por obra del azar las corrige el legislador, por razones de equidad, con el instrumento de una obligación compensatoria o de una indemnización de equidad, que viene a ocupar así el hueco dejado por la clasificación justinianeana.

Una vez insertada la pensión compensatoria en el marco de nuestra clasificación general de las obligaciones, aparecerá con más claridad que la pensión compensatoria es **una obligación ex lege de carácter asistencial, de la misma naturaleza que la deuda de alimentos**. (Salvo que aquí las “necesidades” se miden por debajo del rasero del nivel de vida que tenía el matrimonio; y los “medios” por referencia a la posición del otro, es decir, en términos del desequilibrio que exista entre ellos.)

Los factores causantes del desequilibrio se clasifican en cuatro categorías (la llamada **cuádruple raíz de la pensión compensatoria**). No quiere decirse que haya cuatro tipos distintos de pensiones compensatorias. La pensión compensatoria es única (a nuestro juicio, de naturaleza asistencial). Pero los factores para cuantificar la pensión pueden tener cuatro procedencias perfectamente distinguibles: pactos, daños, enriquecimientos sin causa, y desigualdades peyorativas fortuitas u objetivas.

Terminaremos el artículo dando una regla práctica orientativa para el cálculo de la pensión compensatoria **básica**, y unos criterios sobre su duración temporal. Sin perjuicio, claro está, de que la pensión fenezca antes por alguna otra causa de cese, que expondremos en el último epígrafe.

(1) El enriquecimiento ilícito “late en la entraña de todo cuasicontrato” (STS 21-XII-1945)...“Está fundado de modo especial en principios de justicia” (STS 13-III-1958).

Aunque hay matices diferenciales entre las diversas denominaciones, en este artículo utilizaré los términos enriquecimiento sin causa, ilícito, torticero, e injusto, como equivalentes.

II. DE LA COMPENSACIÓN DE OBLIGACIONES A LA COMPENSACIÓN DE POSICIONES ECONÓMICAS

Partimos de la idea clásica de compensación como modo de extinción simultánea de dos obligaciones líquidas y exigibles, hasta la cantidad concurrente ⁽²⁾, cuando el acreedor de una es el deudor de la otra y viceversa.

Para nuestros propósitos no tenemos que detenernos en los requisitos que han de reunir las obligaciones para ser compensables, ni en los efectos colaterales sobre fiadores, cesionarios, etc. Nosotros lo que buscamos es una generalización del concepto.

Afortunadamente esta tarea la dejaron iniciada los juristas romanos ⁽³⁾. En un pasaje del Digesto, ULPIANO habla de la posibilidad de compensar una obligación civil contra una **obligación natural** ⁽⁴⁾; y en otro, de la compensación de **culpas sociales** (*negligentiam societati*) ⁽⁵⁾ y de obligaciones **nacidas de delito** (*ex maleficio*) ⁽⁶⁾. También se podía compensar, según PAPINIANO, una deuda reclamada en ejecución de sentencia contra una **deuda futura**, porque entonces se dispensaba el plazo por razones de humanidad (*humanitatis gratia*) ⁽⁷⁾.

En estos últimos casos los efectos de la compensación no se producen de modo automático. A falta de acuerdo entre las partes, es el juez quien hace la liquidación de las obligaciones contrarias acreditadas en juicio, las compensa, y determina el saldo o diferencia (*contributio*) por el que pronuncia la condena.

Dentro de esta amplia clase de **compensaciones convencionales y judiciales**, podemos citar:

(2) Pomponio justificaba la institución por motivos de simplicidad, ya que —razonaba— “nos importa más no pagar que repetir lo pagado”. *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*. D. 16.2.

(3) Lo cual siempre es consolador, porque, conforme más se estudia Derecho Civil, más se convence uno de que las distinciones y los planteamientos que no estén avalados por algún jurista clásico o son triviales o están equivocados.

(4) *Ptiam quod natura debetur venit in compensationem* (D. 16.3.6.).

(5) Digesto 16.3.10.

(6) Ibidem.

(7) D 16.3.16. La compensación de créditos *ex dispari causa* fue admitida abiertamente a través de la excepción de dolo a partir de un rescripto de M. Aurelio: “*Sed in strictis judiciis, ex rescripto Divi Marei opposita doli mali exceptione, compensatio inducibatur*” (Inst., IV, 6).

— *En Derecho de Daños*: la **compensación de culpas**; la **compensación de riesgos**; y la llamada *compensatio lucri cum damno* ⁽⁸⁾.

— *En Derechos Reales*: la compensación de **desperfectos con mejoras** en el usufructo (art. 488).

— *En materia de Contratos*: la compensación de **daños y gastos** en el mandato (arts. 1720 y 1727); de **frutos con intereses** en la anticresis (art. 1880); de **intereses de la prenda con intereses de la obligación** (art. 1868).

— *En materia de Cuasicontratos*: la compensación de **ventajas e inconvenientes** derivados de la gestión oficiosa (art. 1893), y todas las compensaciones derivadas de los **enriquecimientos sin causa**.

— *En Derecho de Sucesiones*: La **compensación del crédito y del legado**, en el legado de crédito, cuando el testador lo ha autorizado (art. 873); la **compensación de lesiones** en más de la cuarta parte a fin de que no se proceda a nueva partición de la herencia (art. 1077); la compensación en metálico de **las legítimas**, cuando toda la herencia se adjudica a uno de los hijos (art. 841 y ss.); la compensación por **excesos de adjudicación** en el pago de la **mejora** (art. 829), y en general por excesos de adjudicación debido a **indivisibilidades** (arts. 404 y 1061).

— *En Derecho de Familia*: la compensación **alimenticia** (arts. 142 y ss.), la del **trabajo doméstico** prestado en régimen de separación (art. 1438), la **pensión compensatoria** de que estamos tratando (art. 97), **nulidad matrimonial** (art. 98).

La mayoría de estos casos son ejemplos de compensación de créditos recíprocos y se desenvuelven, por tanto, dentro de la línea clásica de la *compensatio crediti et debiti*. La única particularidad, respecto de la compensación de obligaciones pecuniarias, es que ahora las obligaciones a compensar no tienen origen contractual, sino que pueden surgir de culpas recíprocas, de riesgos recíprocos, de lucros y perjuicios procedentes de un mismo hecho, etc.

En cambio, en las compensaciones por lesiones patrimoniales, en las relacionadas con el enriquecimiento injusto y en las de Derecho de Familia, lo que se comparan y compensan no son obligaciones, sino situaciones complejas. A saber:

— En la obligación alimenticia: las necesidades y los medios respectivos.

— En el enriquecimiento sin causa: el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos.

(8) Cfr. J. SANTOS BRIZ: *La Responsabilidad Civil*, indispensable en la materia, p. 235 y ss., de la edición Montecorvo.

— En la lesión particional y en los suplementos a metálico: los haberes y los lotes correspondientes.

— En la pensión compensatoria: las posiciones económicas globales de cada cónyuge.

En estos casos en que la materia a compensar son **posiciones económicas** ⁽⁹⁾ podemos prescindir del aspecto extintivo del fenómeno compensatorio (que es el importante para el Derecho de Obligaciones y que aquí no se produce puesto que no hay obligaciones que compensar), y fijarnos solamente en el aspecto novatorio ⁽¹⁰⁾ que resulta de toda compensación.

Cuando para fijar el saldo que arrojan obligaciones ilíquidas recíprocas, el juez procede a compensarlas (si la ley lo permite), es la obligación residual resultante de la compensación la que en definitiva declara. A esta obligación neta, que emerge del proceso de compensación, la llamamos **obligación compensatoria**.

Pues bien, cuando la ley prevé que una desigualdad económica peyorativa se corrija mediante una obligación compensatoria, el fenómeno es el mismo. La cuantía de la obligación creada *ex novo* para corregir la desigualdad se determina al modo compensatorio, es decir, sopesando en equidad la situación de las partes afectadas por la desigualdad. Todo lo que varía es el grado de dificultad para determinar la cuantía de la prestación compensatoria.

— *Cuando las obligaciones enfrentadas son pecuniarias, líquidas y exigibles*, la compensación es muy fácil, pues sólo consiste en restar los importes de ambas deudas.

— *Cuando las deudas son ilíquidas* o de cuantía a determinar, y manda la ley que se compensen ⁽¹¹⁾, el proceso es algo más complicado porque, previamente a la compensación, hay que determinar sus importes.

— *Cuando, por último, compensamos las posiciones económicas de los cónyuges, tras la separación o el divorcio*, el proceso de “restar las posiciones”, aunque sigue siendo metodológicamente el mismo, aumenta considerablemente en dificultad debido a la complejidad de los factores que entran en compensación y al carácter más económico que jurídico de muchos de ellos.

(9) En general preferimos el término “posición económica” al de “situación económica”, porque el último tiene connotaciones estáticas, mientras que el primero sugiere estados de tránsito en un mundo cambiante.

(10) Aludimos naturalmente a una novación impropia o modificativa, por variación del *quantum* de la deuda mayor, del art. 1203.1º.

(11) Por ejemplo, en la compensación de culpas o de obligaciones nacidas de culpas recíprocas.

Para tratar de analizar este problema, comenzaré por fijar el significado de los términos “desequilibrio”, “posición económica” y “empeoramiento”; y luego los de “compensación” y “obligación compensatoria”.

III. DESEQUILIBRIO, POSICIÓN, EMPEORAMIENTO

Los términos ensartados en el texto del art. 97: **desequilibrio** económico... en relación con la **posición** del otro... que implique un **empeoramiento** en su situación anterior en el matrimonio, parecen haber sido tomados de la Economía ⁽¹²⁾.

Puesto que el legislador ha optado por una terminología económica, debemos ir a la Economía en busca de noticias acerca de lo que significan equilibrio, posición y empeoramiento.

1. Equilibrio

La noción de equilibrio procede de la Mecánica e indica el estado de reposo de un cuerpo sobre el que actúan diversas fuerzas, debido a que éstas se contrarrestan y anulan recíprocamente.

En Economía se reproduce esta imagen de igualación de fuerzas contrarias —de oferta y demanda—, al hablar del equilibrio del mercado (equilibrio parcial) o del equilibrio de todos los mercados (equilibrio general). Y también la de igualación de partidas de crédito y débito, al hablar del equilibrio presupuestario o del de la balanza de pagos. Este sentido amplio, de balance de posiciones económicas, creemos que es el que tiene la palabra ‘equilibrio’ (o su contraria) en el art. 97 ⁽¹³⁾.

2. Posición económica

La posición económica podemos describirla como suma del **patrimonio** más las **expectativas** del sujeto.

⁽¹²⁾ Quizás con la intención de difuminar términos jurídicos más precisos, como serían los de **lesión o perjuicio** (para uno de los esposos), con o sin **enriquecimiento sin causa** (para el otro), que implique una **pérdida de derechos o de expectativas de derecho** (que el perjudicado tuviera durante el matrimonio).

⁽¹³⁾ El término equilibrio económico se utiliza también en Economía con referencia a un individuo (por ejemplo, el equilibrio del consumidor) enfrentado a circunstancias económicas dadas, para significar que esa persona, después de un tiempo de adaptación, se inclina por una elección óptima a la que permanece adherido mientras no cambien sus circunstancias. Esa solución de equilibrio determina su posición económica.

— El **patrimonio**, como es sabido, está integrado por los derechos y las obligaciones de contenido económico pertenecientes al titular.

— Las **expectativas** comprenden tanto las **expectativas de derecho**, o derechos contingentes que dependen de alguna condición suspensiva o de algún elemento aleatorio ⁽¹⁴⁾, como también las **expectativas económicas**, fundadas en relaciones de hecho y en circunstancias personales.

El concepto de posición económica amplía la idea de patrimonio a las expectativas, y por tanto a los bienes futuros, como en el art. 1911.

De dos personas carentes de patrimonio podemos decir, no obstante, que una tiene mejor posición económica que la otra, si aquélla espera heredar a padres millonarios, si tiene un puesto de trabajo, o si posee títulos, experiencia, idiomas u otras circunstancias personales aptas para promocionar en el mercado laboral.

Aunque las expectativas económicas estén basadas en relaciones de hecho y en condiciones **subjetivas**, tales como la edad y estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo no impiden que puedan ser estimadas por un tercero (un juez) si son racionales o desestimadas si no lo son. Por ejemplo, es racional la suposición de un joven de vivir muchos años, y por tanto que abrigue expectativas patrimoniales o profesionales a largo plazo que serían ridículas en una persona anciana.

La estimación de las expectativas es, por supuesto, un juicio de probabilidad. Pero tanto las leyes científicas como todas las decisiones que tomamos en la vida están basadas en el cálculo de probabilidades. Cálculo que, en ocasiones, llega a resultados próximos a la certeza, como al pronosticar el tiempo atmosférico para las próximas horas o los accidentes de tráfico durante un “puente”, o al suponer que a un ama de casa, cargada de hijos y sin formación profesional, le va a ser muy difícil encontrar un empleo bien remunerado.

En suma, la “posición” es una situación patrimonial verificable y actual, a la que se le ha añadido *una tendencia*, basada en las expectativas. Las expectativas son un estado de creencia y por consiguiente algo subjetivo. Las que influyen en la “posición económica” son, sin embargo, sólo las expectativas racionales, a juicio del juez.

(14) Por ejemplo, la expectativa de llegar a cobrar un seguro o una pensión si se alcanza una determinada edad, la expectativa de consolidar la adquisición de un legado si se cumple la condición impuesta por el testador, etc.

Podemos por tanto definir finalmente la posición económica de un individuo como **el conglomerado formado por sus bienes presentes más las expectativas racionales de bienes futuros**.

3. Empeoramiento

El art. 97 establece dos requisitos que han de cumplirse a la vez para tener derecho a la pensión:

Primero, que, como consecuencia de la separación o divorcio, las posiciones económicas de los cónyuges queden **desequilibradas**.

Segundo, que la posición del cónyuge que reclama la pensión haya **empeorado**, con respecto a la que tenía durante el matrimonio ⁽¹⁵⁾.

La primera condición es de desigualdad o **agravio comparativo**, y exige comparar la posición económica *ex post* de ambos esposos ⁽¹⁶⁾.

La segunda, de **empeoramiento** propiamente dicho, resulta de comparar en el tiempo la situación económica del cónyuge reclamante *ex ante* y *ex post*, y

⁽¹⁵⁾ Cáceres (2ª) 28-II-1997: “La p.c. tiene una naturaleza mixta o híbrida, asistencial, resarcitoria y compensatoria, de un carácter reparador del descenso que la separación, o en su caso, el divorcio ocasiona en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserve el otro, y en función del que aquél venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, según su posición económica y social... Lo que conlleva la necesidad de concurrencia de dos elementos comparativos fundamentales; la situación particularizada de cada cónyuge antes y después de producirse la ruptura matrimonial (término comparativo temporal); y de otro, debe examinarse esa concreta situación en relación con la del otro cónyuge (término comparativo personal)”.

(En estas notas uso la abreviatura ‘p.c.’ por ‘pensión compensatoria’. Las sentencias de las Audiencias Provinciales se citan indicando el nombre de la ciudad o autonomía donde tiene su sede, seguido a veces de un ordinal entre paréntesis, que indica la Sala, y de la fecha de la sentencia.)

⁽¹⁶⁾ Se comparan las situaciones antes y después de la separación; no la situación de antes del matrimonio con la de después de la separación (Teruel, 12-V-1997). “Siendo las condiciones matrimoniales las mismas antes y después de la ruptura, no procede hacer declaración alguna respecto al derecho a percibir p.c.”. Murcia (1ª) 24-IX-1996 Álava 30-VII-1996: “La norma habitual es que rota la convivencia conyugal, ambas partes salgan económicamente perjudicadas, por ello cuando el desequilibrio afecta más a uno de los cónyuges, a la hora de fijar la cuantía de la pensión para corregirlo, debe valorarse el empeoramiento que normalmente también afecta al otro cónyuge.”

constatar que ha habido un **empeoramiento** como consecuencia de la separación o divorcio ⁽¹⁷⁾.

Para abarcar de un solo trazo ambos requisitos, usaré la expresión **desigualdad peyorativa**. Y diré, resumidamente, que **procede la pensión compensatoria cuando uno de los cónyuges queda, por consecuencia de la separación o el divorcio, en una situación de desigualdad peyorativa**.

La desigualdad peyorativa puede afectar al patrimonio, en cuyo caso la pensión tendrá carácter **indemnizatorio** ⁽¹⁸⁾; o afectar a las expectativas de futuro, en cuyo caso tendrá carácter **asistencial** ⁽¹⁹⁾.

El art. 97 pone como ejemplos de lesiones patrimoniales indemnizables mediante la pensión compensatoria: la pérdida de una pensión, la pérdida del trabajo colaborador en las actividades lucrativas del cónyuge, y la pérdida del trabajo doméstico realizado en régimen de separación ⁽²⁰⁾. Las tres tienen que ver con el hecho de haber desarrollado uno de los cónyuges sus actividades dentro del ámbito familiar.

En cambio, las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del artículo atañen a las expectativas y como veremos más adelante, sirven para graduar *la duración* de la pensión en los casos en que la misma debe ser temporal.

(17) El momento al que hay que referir el desequilibrio “*es el último de la efectiva convivencia conyugal más que el momento en que se decreta la separación matrimonial o el divorcio*” (Zaragoza, 4ª, 4-X-1996). Por eso no procede p.c. después de una larga separación de hecho (Asturias, 4ª, 22-II-1997): “*La larga separación de hecho, atendiendo cada cónyuge sus necesidades con sus propios recursos sin recabar ni obtener contribución económica del otro, excluye la producción del desequilibrio en que debe fundarse la p.c., el cual debe concurrir en el momento en que cesó la convivencia no pudiendo generarse un derecho a la pensión si no existía antes*”. Otra consecuencia de esta referencia temporal es que “*no es posible conceder la p.c. en el procedimiento de divorcio cuando no fue solicitada en el de separación*”. Cantabria (2ª) 28-X-1993, Gerona (2ª) 24-IX-1993, Granada (3ª) 25-XI-1993, Pontevedra (2ª) 11-XI-1995, Valencia (2ª) 2-IV-1996, Las Palmas de Gran Canaria (1ª) 8-VII-1996, Cantabria (3ª) 8-VII-1996, Alicante, 15-V-1997, etc.

(18) De un daño o de un enriquecimiento injusto.

(19) Para el concepto de pensión asistencial, cfr. infra.

(20) Si el trabajo doméstico ha sido prestado en régimen de gananciales, la compensación para el ama de casa está representada por su mitad de gananciales. Si el art. 97 toma también en cuenta la dedicación pasada a las tareas domésticas, es para compensar el alejamiento laboral o profesional sufrido por el ama de casa durante los años de matrimonio. Desplazamiento del mercado que, en el momento de la separación o divorcio, supone una pérdida de expectativas de futuro ante la dificultad de encontrar empleo.

IV. OTROS EJEMPLOS DE DESIGUALDADES PEYORATIVAS EN NUESTRO DERECHO

No todas las desigualdades dan nacimiento a una obligación compensatoria. Se ha dicho que ningún orden social puede compensar completamente la injusticia de la naturaleza (y aún cabría añadir que tampoco puede compensar por completo las injusticias de los hombres). La ley sólo corrige las desigualdades que considera peyorativas, creando al efecto el contrapeso de una obligación legal compensatoria

Los criterios seguidos por el legislador para considerar peyorativo un desequilibrio económico han sido diversos:

- En la **división desigual** de bienes: el carácter peyorativo proviene de que la lesión haya sido mayor de una cuarta parte.
- En la desigualdad que da derecho a **alimentos**: la nota peyorativa consiste en el estado de necesidad del que pide los alimentos, junto con la circunstancia de que el familiar demandado tenga recursos de sobra después de cubiertas sus propias necesidades.
- En el **enriquecimiento sin causa**, el criterio peyorativo es que el empobrecimiento de uno haya sido causa o efecto del enriquecimiento del otro, sin que este desplazamiento patrimonial tenga justificación reconocida en derecho.
- En los **intercambios desiguales** (allí donde se admite compensación, que es cuando el perjudicado es menor o incapacitado), el criterio peyorativo es que la lesión sea superior a una cuarta parte o que sea superior a la mitad en general, si se admite como en Derecho Catalán la lesión *ultra dimidium*.
- En los **daños cometidos por inimputables**, o en estado de necesidad, es el tribunal que ha eximido de responsabilidad criminal el que ha de decidir la parte de daño que considera peyorativa para la víctima. Y en consecuencia, cuál de los patrimonios y en qué proporción —el patrimonio del inimputable y el de sus guardadores— deben compensar a la víctima que ha sufrido el daño. A esta prestación compensatoria la denomina el Código Penal, con toda propiedad, **indemnización de equidad**.
- En la **pensión del art. 97**, la doble desigualdad ya estudiada es la que convierte la situación en peyorativa o contraria a la equidad.

V. INTERPRETACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 97 DEL CC

¿Por qué ha exigido el legislador de modo explícito que la situación económica del cónyuge que demanda la pensión haya empeorado? Tal empeoramiento económico parece inevitable debido a que, después de la separación o el divorcio, los cónyuges tienen que mantener dos casas en lugar de una. ¿Qué necesidad había de exigir un requisito que de todas formas se produce inexorablemente?

La respuesta es que, aunque la separación y el divorcio siempre deteriora la economía *común* de los cónyuges, no deteriora por igual la de cada uno de ellos. Esta observación es justamente la clave para interpretar el artículo en el sentido siguiente:

Para que se dé la pensión compensatoria, es preciso que, después de la separación o el divorcio, uno de los cónyuges pueda seguir manteniendo el mismo nivel de vida que tenía en el matrimonio, mientras que el otro no pueda. A sensu contrario, la interpretación que hemos hecho excluye la pensión compensatoria:

1.º Entre cónyuges ricos, aunque uno de ellos sea mucho más rico que el otro.

La razón es que el cónyuge menos rico puede no obstante seguir viviendo igual que antes, y no se cumple el segundo criterio de la desigualdad peyorativa.

2.º Entre cónyuges pobres, aunque uno de ellos sea mucho más pobre que el otro.

La razón es que no se cumple el primer criterio de desigualdad, puesto que el empeoramiento afecta a los dos en términos que a ninguno de ellos le permite estar como antes.

Por tanto, sólo se dará la pensión cuando uno de los cónyuges sufre un descenso en el nivel de vida que tenía en el matrimonio (empeoramiento), mientras que el otro puede seguir manteniéndolo (desigualdad).

Lo anterior no quiere decir —y esto es importante— que la pensión tenga que ser de cuantía tal que conserve el nivel de vida que se tenía en el matrimonio ⁽²¹⁾. Cuando la ley habla de desequilibrio económico que implique un empeoramiento

(21) Castellón 23-I-1997: La p.c. “tiene un carácter compensativo o reparador del descenso que la quiebra del matrimonio ocasiona en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el conservado por el otro y en función de aquél que venía disfrutando constante matrimonio... pero bien entendido que no se trata de mantener con la pensión la misma situación económica habida constante matrimonio, lo que resulta imposible, sino de que la ruptura no repercuta de modos muy distintos en ambos litigantes.

en su situación anterior en el matrimonio, está dando el criterio **para conceder** la pensión, no **para cuantificarla**. (Eso lo hace después, por remisión a índices o parámetros distintos.)

VI. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN EN ECONOMÍA

Cuando decimos que una situación económica es mejor que otra damos una opinión subjetiva que siempre esconde, subrepticamente, algún juicio de valor. Los demás pueden no estar de acuerdo con nuestros juicios de valor, ni por tanto con nuestro diagnóstico acerca de lo que es mejor o peor.

Si no queremos comprometernos con ningún juicio de valor en particular, a lo más que podemos llegar, comparando situaciones, es al llamado **criterio de PARETO** ⁽²²⁾, según el cual, una situación económica es mejor que otra cuando en la primera todos están igual que en la segunda y hay al menos una persona que dice estar mejor.

KALDOR ⁽²³⁾ dio un paso más y formuló la siguiente proposición:

También podemos decir objetivamente (o sea sin mezclar juicios de valor) que la situación *ex post* tras el cambio es mejor que la *ex ante*, cuando los que mejoran *podrían* ⁽²⁴⁾ compensar a los que empeoran de forma que nadie se sienta peor.

En esta acepción, la compensación tiene una dimensión relativa o bipolar, que resulta de sopesar dos situaciones contrarias: la de los que pierden con el cambio y la de los ganadores. Si los beneficios de estos últimos superan a los perjuicios de los primeros, el cambio es aconsejable. En otro caso, no.

La compensación kaldoriana es como se ve una especulación *de lege ferenda*, cuyo trasfondo jurídico es el mismo que el del enriquecimiento sin causa. Como consecuencia de un cambio *propuesto*, se espera que unos ganen y otros pierdan. Si los que esperan ganar pueden acallar las protestas de los que esperan

(22) Vilfredo PARETO (1848-1923), economista y sociólogo italiano, sucesor de Walras en la Universidad de Lausanne y en la Escuela o corriente de pensamiento económico que lleva el nombre de esta última ciudad.

(23) N. KALDOR: "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparison of Utility", The Economic Journal, 1939. Lord Kaldor, prestigioso economista de origen húngaro, radicado en Inglaterra, fue Profesor en Cambridge y discípulo de J.M. Keynes.

(24) Usamos el tiempo del verbo en condicional porque la compensación kaldoriana es virtual o posibilista. No es preciso que se pague en realidad; basta con que pueda pagarse. De lo que se trata es de ver si el cambio que ha traído desventajas ha producido también ventajas que las sobrepujan.

perder, el cambio se considera recomendable desde el punto de vista económico.

¿Qué nos enseña este principio de compensación? A mi juicio, lo siguiente:

Primero, que la compensación es una magnitud subjetiva.

La compensación no es la misma para el rico que para el pobre, para el sano que para el enfermo, para el joven que para el viejo, etc. Este rasgo de subjetivismo distingue la compensación de la indemnización. A igualdad de daño, la indemnización ha de ser la misma para todo el mundo. Las condiciones personales del perjudicado ni las del obligado a indemnizar ⁽²⁵⁾. Por el contrario, para fijar una compensación son estas circunstancias subjetivas las únicas que pesan.

Segundo, que a la Economía no le preocupa quién paga la compensación ni por qué.

Aquí está el abismo que separa las dos maneras de pensar. Si queremos completar la idea económica y hacerla útil para el jurista, necesitamos **unas reglas de imputación de la obligación compensatoria** que nos digan quién paga la compensación necesaria para corregir el empeoramiento o empobrecimiento producido por el cambio ⁽²⁶⁾.

Tan pronto tenemos que habérnosla con criterios de **imputación**, traspasamos las fronteras de la Economía y penetramos en las del Derecho.

VII. REGLAS DE IMPUTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR

Históricamente se han seguido diversos criterios de imputación de la obligación de compensar (el daño o el empobrecimiento sin causa, el enriquecimiento sin causa, o la desigualdad peyorativa en general):

⁽²⁵⁾ Salvo cuando las circunstancias personales pasan a formar parte integrante del daño, como ocurre en las lesiones personales. Sobre cómo conseguían los juristas romanos valorar estas cosas esencialmente inestimables, v. A. D'Ors: *Derecho Privado Romano*, § 379.

⁽²⁶⁾ Enfocamos el daño, contractual o extracontractual, como un evento que *cambia* la posición económica del perjudicado. En el mismo sentido de cambio patrimonial es fácil interpretar el enriquecimiento injusto y las desigualdades peyorativas fortuitas.

- A) **Imponer la obligación de compensar al causante físico** del daño o cambio peyorativo (*expresión primitiva de la responsabilidad.*)
- B) **Imponer la obligación al culpable del daño** (*responsabilidad por culpa.*)
- C) **Imponer la obligación a quien se benefició del perjuicio ajeno**, pero sólo **hasta donde se benefició** (*enriquecimiento injusto.*)
- D) **Imponer la obligación a quien se benefició del riesgo** (*responsabilidad por riesgo.*)
- E) **Imponer la obligación, por motivos de equidad, a quien estando unido con el perjudicado por vínculos familiares o consorciales, no ha sufrido daño o ha resultado menos perjudicado como consecuencia de un cambio fortuito** (*compensación propiamente dicha.*)

Los cinco criterios que acabamos de mencionar no han marcado etapas en un orden cronológico estricto, sino que el ordenamiento los alberga a todos o a casi todos, según las materias. En el apéndice presentamos una historia resumida de la culpa y de su evolución, a donde remitimos al lector. Hemos desarrollado este tema con mayor extensión, porque es fronterizo con el que aquí nos ocupa (la regla E), ya que hay responsabilidades civiles derivadas de delitos y de cuasidelitos que no se imputan con criterios de culpa, sino con criterios de equidad. Estas indemnizaciones de equidad pertenecen a la misma clase de obligaciones que la pensión compensatoria.

VIII. LA DESIGUALDAD PEYORATIVA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

ULPIANO mencionaba tres fuentes de las obligaciones no contractuales: la **contumelia**, la **culpa**, y la **iniquitatem iuriam** ⁽²⁷⁾.

Los jurisconsultos romanos no trataban las lesiones corporales a un hombre libre como un caso corriente de *damnum*, sino como una afrenta o daño moral, a la que se aludía con el término **contumelia**. Es posible que esta primera forma de *iniuria* fuera históricamente —con su carga pasional de indignación y de ofensa— la que inspirase la primitiva venganza privada y de aquí que ULPIANO la mencione en primer lugar.

(27) D 47.10.1: “...specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicitur solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi no iuriam; contumeliam autem a contemnendo.”

De la **culpa** nos ocupamos en el Apéndice.

Examinemos ahora la **iniquidad** (*iniquitatem*).

Aunque el gran jurista puso como ejemplo de iniquidad el del juez que dicta una sentencia injusta, luego parece generalizarlo a toda situación que carece de derecho y de equidad (*quod iure et iustitia caret*). Dentro de esta amplia concepción entrarían las desigualdades que hemos llamado peyorativas, para corregir las cuales el legislador ha creado obligaciones compensatorias de signo contrario.

El Prof. DÍEZ-PICAZO ⁽²⁸⁾ ha encontrado e infundido nueva vitalidad a una interesante cita de Hugo GROCIO (1583-1645), sacada de un epítome de Derecho Civil Holandés que escribió para su hijo, en el que reconoce como únicas fuentes de las obligaciones, según el Derecho Natural, al contrato y a la **desigualdad**. Esta última comprendería tanto la obligación nacida del daño (una desigualdad producida contra la voluntad del afectado), como la desigualdad en la que se ha incurrido voluntariamente, pero de la que alguien ha derivado un provecho, quedando por tanto obligado a compensarlo.

En la clásica definición de los cuasicontratos, que procede de HEINECIO, encontramos también su justificación basada en la equidad: *Facta honesta, quibus et ignorantes obligantur ex consensu ob aequitatem presunto vel ficto*. Como observa BIONDI ⁽²⁹⁾, si quitamos de esta definición la inútil referencia al consentimiento presunto o tácito, lo que nos queda es que los cuasicontratos son hechos lícitos **que obligan en fuerza de equidad**.

Algún autor, como Federico DEL ROSSO ⁽³⁰⁾, buscando una nueva nomenclatura para las clases de obligaciones en razón de su origen, sustituyó la denominación de cuasicontratos por la de obligaciones nacidas de la **igualdad alterada**.

Sin embargo las obligaciones nacidas de la iniquidad parece que hubieran desaparecido en la época de la codificación. ¿Por qué se dejó de hablar de ellas?

El Proyecto de GARCÍA GOYENA, siguiendo al Code Civil francés, clasificaba las obligaciones que se contraen sin convenio en dos categorías: las obligaciones que nacen de la ley y las que provienen de un hecho. De las primeras —las obligaciones *ex lege*— nos dice algo que el Código napoleónico silencia; a saber, que las obligaciones que impone la ley lo son “*por consideraciones de*

⁽²⁸⁾ M. DE LA CÁMARA y L. DÍEZ-PICAZO: “Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa”, Civitas, 1988, p.49.

⁽²⁹⁾ Biondi: *Contratto e Stipulatio*, Milán, 1953.

⁽³⁰⁾ Citado por R. NÚÑEZ-LAGOS en el Tomo XXX de los *Comentarios al Código Civil* de M. Scaevola.

interés público o de equidad”. Aclaración que apoya la sospecha de que las antiguas obligaciones nacidas de la desigualdad peyorativa desaparecieron de escena con la codificación, *por haber quedado absorbidas por el concepto, más amplio y más aséptico, de las obligaciones nacidas directamente de la ley*. Esa sustitución nominal creo que fue la razón del eclipse.

IX. EL EMPOBRECIMIENTO INJUSTO, COMÚN DENOMINADOR DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENIO

Nuestro Código Civil contiene la conocida división pentapartita de las obligaciones, según nazcan de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia ⁽³¹⁾.

Así como es imposible reducir a sistema las múltiples y dispersas finalidades que los particulares persiguen por medio de los contratos, la intención del legislador al imponer obligaciones *ex lege*, ya directamente ya a través de actos lícitos o ilícitos generadores de obligaciones extracontractuales o de responsabilidad civil, debe suponerse coherente y que responda a un mismo principio rector. Tal principio es, para nosotros, el de *neminem laedere*; y el concepto que unificaría todas las obligaciones que se contraen sin convenio, el de **empobrecimiento injusto**.

El concepto de empobrecimiento injusto es más amplio que el de enriquecimiento injusto. El enriquecimiento injusto de una persona implica, por definición, el empobrecimiento injusto de otra, y una relación de causa a efecto entre ambos fenómenos. Pero puede haber también empobrecimientos injustos sin contrapartida; o al menos donde no importe si ha habido o no un enriquecimiento simultáneo para alguien. Piénsese, por ejemplo, en el que comete un delito cualquiera, sin recibir ningún provecho.

Distinguimos así, dentro de las obligaciones compensadoras de empobrecimientos injustos, las correctoras de enriquecimientos sin causa (cuasicontratos) y las que corrigen el empobrecimiento mismo, aunque no haya habido enriquecimiento correlativo o sin importar si lo ha habido.

A esta segunda categoría pertenecerían:

- **Las obligaciones procedentes de delito.**
- **Las procedentes de cuasidelitos**, es decir, las reparatoras de daños causados por culpa o negligencia (reponsabilidad aquiliana).

⁽³¹⁾ Art. 1089.

- **Las obligaciones procedentes de delitos cometidos por personas exentas de responsabilidad penal (*quasi ex delicto*).** Por ejemplo, delitos patrimoniales cometidos entre cónyuges (art. 268), delitos cometidos por dementes, ebrios, personas en estado de necesidad, etc. (art. 118) ⁽³²⁾.
- **Las obligaciones procedentes de un desequilibrio económico foruito contrario a la equidad (*quasi ex contractu*)** ⁽³³⁾.

Las dos últimas categorías forman la clase de las **obligaciones compensatorias en sentido estricto** de las que damos a continuación su definición y características.

X. OBLIGACIÓN COMPENSATORIA: DEFINICIÓN Y CARACTERES

La obligación compensatoria en sentido estricto puede definirse como **una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa pro-**

⁽³²⁾ La mayoría de los Códigos europeos, con la conspicua excepción del francés, contienen declaraciones expresas de que la responsabilidad civil está basada en la imputabilidad psicológica del agente. Por ejemplo, el *Codice* italiano (art. 2046): “No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tuviera la capacidad de entender o de querer en el momento de cometerlo, a menos que su estado de incapacidad sea por su culpa”. El CC portugués (art. 448): “No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien, en el momento de ocurrir el hecho, estaba, por cualquier causa, incapacitado para entender o querer, salvo si el agente se colocó voluntariamente en ese estado, siendo éste transitorio”. El párrafo 127 del BGB alemán: “Quien causa daño a otra persona en estado de inconsciencia o sufriendo una perturbación mental que le impida el libre ejercicio de la voluntad no es responsable de ello”. En el mismo sentido, el art. 1386 del Code Civil belga, etc.

Nuestro CC sigue al francés y el hueco ha tenido que ser llenado por la jurisprudencia (SS. 20-II-1954 y 9-II-1956 y, de modo implícito, al exigir que el daño sea “previsible” en innumerables sentencias, que por ser bien conocidas considero dispensadas de cita).

⁽³³⁾ De todos es sabido que la cuatripartición justiniana de las obligaciones (*ex contractu*, *ex delicto*, *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto*) la trabucaron los intérpretes medievales, que comenzaron a hablar de obligaciones *ex quasi contractu* y *ex quasi delicto*, y luego sustentaron estas expresiones y se esforzaron en darle contenido a lo que en principio no fueron más que “cajas vacías” surgidas de un mal latín. Llevamos más de mil años en estas disquisiciones, presentando nuevos candidatos a estos “títulos”. Sobre el estado de la cuestión, cfr. R. NÚÑEZ-LAGOS, en el Tomo XXX de los *Comentarios al Código Civil*, de Mucius Scaevola. También, del mismo autor, *El Enriquecimiento sin Causa en el Derecho Español* Madrid, 1934. Nosotros usamos estas viejas etiquetas con el significado que se desprende del texto.

ducida de forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos de forma voluntaria o incidentalmente.

Varias notas se desprenden de esta definición:

- a) En primer lugar, la obligación compensatoria nace **directamente** de la ley. En ello se distingue de las cuasicontractuales, delictuales, y cuasi-delictuales. Para imponer la obligación compensatoria propiamente dicha, la ley no requiere de ningún hecho ni acto jurídico intermedio como vehículo de imputación.
- b) En segundo lugar, la obligación compensatoria no se impone en base a elementos culpabilísticos. Esta nota, que podemos llamar de **irrelevancia de la culpabilidad** ⁽³⁴⁾, distingue radicalmente la compensación de la indemnización. Es decir, de la obligación derivada de daños extracontractuales o contractuales, incluyendo la asignación del riesgo de pérdida de la cosa objeto del contrato en función del grado de culpa (arts. 1487 y 1488 para la compraventa, art. 1567 para el arrendamiento, art. 1602 para el contrato de transporte, etc.)
- c) En tercer lugar, la obligación legal compensatoria tiene por finalidad **corregir desigualdades fortuitas**. En cierta forma la labor compensadora de la ley viene a ser como una lotería al revés. En el juego de la lotería, los jugadores constituyen un fondo común mediante la compra de billetes, y el juego consiste en que el azar adjudique ese fondo a unos pocos y lo pierdan los otros. La lotería descompensa *ex profeso* los patrimonios de los jugadores. Por el contrario, en la obligación compensatoria partimos de una situación en que uno de los patrimonios ha sufrido por azar un golpe de fortuna adverso, y la ley trata de remediarlo no dejando que el “daño” se quede en el patrimonio donde el azar lo puso, sino llevándoselo, en todo o en parte, al patrimonio donde tendría que estar, según criterios de justicia y de razón. Al restaurar el equilibrio roto por infortunios aleatorios, la obligación compensatoria hace la misma función que un seguro legal o que una socie-

(34) Cfr. STS 29-VI-1988. La p.c. no está vinculada a ninguna idea de responsabilidad por culpa. Para reparar los daños que pueda haber sufrido el consorte de buena fe, queda abierta la vía del art. 1902 del CC (STS. 26-XI-1985, reiterada por la de 10-III-1992). La cuestión crucial para poder acudir a esta vía es decidir desde cuándo empieza a contarse el plazo anual de prescripción. En general, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, “se contará desde el día en que pudieron ejercitarse” (art. 1969). ¿Quiere ello decir que en las acciones por daños extracontractuales entre cónyuges, el plazo sólo empieza a contarse desde la ruptura matrimonial? ¿Se puede realmente, mientras se tiene una feliz convivencia conyugal, interponer una demanda de daños y perjuicios contra el cónyuge, sin arriesgar la estabilidad del matrimonio?

dad *tontina* forzosa entre los miembros de una familia, entre los cónyuges y, en general, entre las personas ligadas por relaciones de consorcio.

- d) En cuarto lugar, la obligación compensatoria, como se acaba de indicar, **se da entre personas obligadas a correr la misma suerte**. Por ejemplo, entre parientes cercanos; entre cónyuges ⁽³⁵⁾ (llamados también *consortes*); entre socios; y entre comuneros y coherederos, que se encuentran incidentalmente en una situación de cuasi-sociedad *velis nolis*, o *communio incidens*.
- e) En quinto lugar, la prestación compensatoria se impone por razón de equidad y su cuantía depende de circunstancias personales de acreedor y deudor. La bipolaridad ⁽³⁶⁾ es consecuencia de ser la compensación la medida de un desequilibrio. El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar rentas o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales ⁽³⁷⁾.

Ilustremos la anterior definición dando algunos ejemplos de obligaciones compensatorias en nuestro Derecho:

1. La compensación correctora de un estado de necesidad entre parientes (**pensión alimenticia**).

⁽³⁵⁾ Murcia (1ª) 24-IX-1996: “*para salvaguardar los vínculos de solidaridad que comporta la unión matrimonial y hacer frente al detrimento económico personal que supone, normalmente del lado de la mujer, la dedicación a las tareas estrictamente domésticas y familiares.*”

⁽³⁶⁾ Pongamos algunos ejemplos de bipolaridad. “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”. La restitución por el incapaz de la prestación recibida en virtud de un contrato declarado nulo por causa de su incapacidad, queda limitada a “cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera” (art. 1304). “El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio...” Etc.

⁽³⁷⁾ Por eso se ha dicho, con razón, que la pensión compensatoria no es una pensión *igualatoria*. Suprime el aspecto peyorativo de la desigualdad, pero no la desigualdad misma. En contra, Segovia 1-VII-1997 interpreta la p.c. como igualatoria de ingresos. (El marido tenía ingresos mensuales de 218.327 pts.; la mujer, de 70.000 pts.; la p.c. fue de 75.000 pts., “*que se traduce así en unos ingresos disponibles semejantes para uno y otro cónyuge, con el consiguiente efecto compensatorio o de reequilibrio que la pensión pretende alcanzar*”).

2. La compensación que corrige los efectos civiles derivados de un delito cometido por inimputable o en circunstancias que eximen de responsabilidad criminal (**indemnización de equidad del art. 118.3º C. Penal**).

3. La compensación correctora de **intercambios contractuales desiguales**, en perjuicio de un incapaz o de un ausente (art. 1281.1º y 2º).

4. La compensación correctora de **divisiones inicuas**: entre cónyuges (art. 1410), entre socios (art. 1708), entre comuneros (art. 406) y entre coherederos (arts. 1074 y 1077) ⁽³⁸⁾.

5. La compensación correctora de los efectos de la **nulidad del contrato celebrado por un incapaz** (art. 1304) ⁽³⁹⁾.

6. La compensación correctora del desequilibrio producido por el **trabajo doméstico** de uno de los cónyuges prestado en régimen de separación (art. 1438) ⁽⁴⁰⁾.

7. La **pensión compensatoria** entre separados y divorciados (art. 97).

8. La indemnización compensatoria al cónyuge de buena fe, por **nulidad matrimonial** (art. 98) ⁽⁴¹⁾.

Aunque la lista podría alargarse, los anteriores ejemplos son suficientes para explicar la definición que hemos dado.

Las obligaciones números 3, 4 y 5 están relacionadas con el desenvolvimiento de los contratos; pero no nacen del contrato, sino directamente de la ley,

⁽³⁸⁾ Aunque el Código habla de ‘indemnizar el daño’ no estamos, propiamente, ante una indemnización, porque ello presupondría un cierto grado de ‘culpa’ en el origen de la lesión, cuando realmente el *quid* de la cuestión no está aquí en la culpa, sino en que la lesión sobrepase el límite legal de la cuarta parte, aunque el error que ha producido la lesión haya sido cometido con buena fe.

⁽³⁹⁾ El efecto general de un contrato nulo es la *restitutio in integrum*: los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, según dispone el art. 1303. Pero cuando la nulidad procede de la incapacidad de uno de los contratantes, este último no está obligado a devolver la prestación sino en cuanto se enriqueció con ella (art. 1304). Estamos, pues, ante una obligación compensatoria de un enriquecimiento sin causa.

⁽⁴⁰⁾ Esta compensación no es absorbible en la pensión compensatoria del art. 97. La primera es una cantidad alzada, y la segunda una pensión periódica. La primera depende de que se dé la desigualdad peyorativa tantas veces referida; la segunda, de haber desempeñado trabajos domésticos en régimen de separación. La primera, de carácter asistencial, está condicionada a las posibilidades económicas del deudor; la segunda es una deuda no sujeta a ninguna restricción y por el importe en que se calcule el enriquecimiento injusto del cónyuge beneficiado.

⁽⁴¹⁾ Sobre la naturaleza de esta indemnización del art. 98, es esencial la STS 10-III-1992.

sustraídas al poder dispositivo de las partes. Su finalidad es compensar desigualdades no equitativas al margen de toda consideración culpabilística, y por tanto deben considerarse obligaciones compensatorias.

La compensación por el trabajo doméstico prestado en régimen de separación de bienes tiene la finalidad evidente de evitar un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a expensas del otro ⁽⁴²⁾, y por ende parecería una obligación compensatoria de carácter cuasicontractual. Sin embargo, no encaja en la definición del art. 1887. El deudor de la compensación —el cónyuge que no se ha dedicado a las tareas domésticas— no puede decirse que haya realizado ningún hecho de donde en particular dimane la obligación de compensar. Por el contrario, esta última la impone directamente de la ley por motivos de equidad, sin apoyarse en ningún hecho ni en elementos culpabilísticos. Por lo que también es una obligación compensatoria en el sentido de nuestra definición.

La compensación de los daños derivados de delitos cometidos por un incapaz o de delitos patrimoniales cometidos entre cónyuges parecen pertenecer al campo de las obligaciones delictuales. Pero la imputación no descansa en un reproche culpable, que aquí no lo puede haber, sino en la equidad. Por lo que también pertenece a nuestro campo.

(42) En la redacción que tenía el art. 1438 en el Proyecto de Reforma, se completaba su texto con esta cláusula, que luego se suprimió: “...*si el otro cónyuge se hubiere enriquecido durante la vigencia del régimen de separación*”. Aunque nunca está de más recordar que nos movemos dentro de la esfera del enriquecimiento injusto, la eliminación de la cláusula anterior nos parece acertada, porque parecía sugerir que para pedir la compensación era necesario probar el enriquecimiento, y ello no es así. Supongamos que un hombre se ha casado con su empleada de hogar en régimen de separación de bienes. ¿Tendrá que probar esta última, al separarse, que su marido tuvo unos ahorros salariales tras contraer matrimonio con ella, y que ella experimentó un consiguiente empobrecimiento al dejar de cobrar unos trabajos que de todos modos continuó prestando? La circunstancia de haber sido la esposa empleada de hogar del marido es completamente anecdótica. Cualquier mujer que realiza gratis las tareas domésticas en régimen de separación beneficia al patrimonio del marido. Esto no precisa de prueba alguna.

El art. 41 del Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1999, de 15 de julio, dice así:

“En los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.”

Por lo anteriormente explicado, entiendo que la última cláusula del artículo sobraba.

Bajo regímenes distintos del de separación, los trabajos domésticos no producen enriquecimiento torticero, puesto que la mujer recibe su parte en los gananciales o en los beneficios, a cuya formación ella ha contribuido con esa modalidad de trabajo.

La compensación por nulidad matrimonial a favor del cónyuge de buena fe parece ser una obligación compensatoria *ex delicto* (por ejemplo, si la causa de la nulidad ha sido la bigamia), o una obligación compensatoria *ex quasidelicto* (si el motivo de la nulidad no está tipificado penalmente). Pero los criterios legales para fijar la “indemnización” son los del art. 97, criterios subjetivos de desigualdad, independientes de si ha habido o no un daño real y de la magnitud de este último, por lo que también responde a nuestra definición.

La obligación alimenticia puede tener origen contractual, testamentario o venir impuesta por la ley. Si viene impuesta por la ley no tiene —ni nadie lo ha pretendido— carácter cuasicontractual ni delictual. Su fundamento es la equidad, corrige un desequilibrio peyorativo, y por tanto entra dentro de nuestra definición.

Por último, la pensión del art. 97, como hemos anunciado al comienzo del artículo, tiene para nosotros carácter asistencial, y no es sino una variante de la pensión alimenticia, catalogable entre las obligaciones compensatorias, si bien posee una cuádruple raíz en el sentido de que en su determinación intervienen factores de cuatro clases diferentes: contractuales, cuasicontractuales o correctores de enriquecimientos injustos ⁽⁴³⁾, indemnizatorios, y propiamente alimenticios.

Desarrollemos a continuación estas ideas.

XI. NATURALEZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria tiene una naturaleza jurídica fundamentalmente análoga a la pensión alimenticia. Basamos esta afirmación en dos tipos de argumentos:

1. En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y
2. En nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer.

(43) Asocio, sin ningún escrúpulo, los cuasicontratos con el enriquecimiento injusto, porque no termino de comprender las excepciones a veces invocadas que impedirían catalogar la gestión de negocios ajenos como un caso de enriquecimiento injusto. Si falta el *animus alieni negotii gerendi*, el servicio habrá sido prestado con ánimo de liberalidad y no cabe hablar de enriquecimiento injusto. Si la gestión oficiosa ha sido prohibida por el ‘dominus’, es obvio que la injerencia en los asuntos ajenos, contra la expresa prohibición del dueño, no es lícita ni puede dar lugar a ninguna obligación cuasicontractual. Salvo que efectivamente se le hubiese evitado algún perjuicio inminente y manifiesto, en cuyo caso entra en juego el art. 1893.2º.

Examinemos estos dos puntos por separado:

1. La ley republicana de 2 de marzo de 1932 estableció una pensión alimenticia entre divorciados, en los siguientes términos:

“El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponda a los hijos que tenga a su cuidado. El derecho a los alimentos cesará por muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato. La obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas cuando sean herederos forzosos. Los alimentos se reducirán o aumentarán, proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos. El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente a garantizar el cumplimiento de la obligación. Si el obligado carece de bienes propios en que constituir la hipoteca o fueren insuficientes, el juez determinará según las circunstancias, las garantías que haya de prestar.”

No hace falta ser un lince para ver las concordancias de esta regulación con la actual en varios puntos:

- En la extinción de la pensión alimenticia por contraer nuevo matrimonio o por vivir en concubinato ⁽⁴⁴⁾.
- En la subsistencia de la pensión alimenticia a la muerte del deudor, siempre que no afecte a las legítimas.
- En la posibilidad de garantizar la pensión, siquiera aquí se ha perdido mucho vigor, pues, a tenor de la legislación republicana, era el alimentista el que podía *exigir* la constitución de hipoteca, y con arreglo a la actual es el juez quien *puede* acordarla. Por otro lado, no tiene punto de comparación, en cuanto a eficacia garantizadora, la enérgica exigencia de hipoteca legal con la desvaída alusión a “las cautelas y garantías” del art. 91 CC.

⁽⁴⁴⁾ Expresión por cierto mucho más certera que nuestro actual “vivir maritalmente con otra persona”, pues aunque aquélla tenga ciertas connotaciones negativas se presta a menos dudas interpretativa que la convivencia *more uxorio*, uno de los conceptos más elusivos y peor definidos de nuestro Derecho. Las dudas pueden multiplicarse: ¿cuánto ha de durar la convivencia para que se convierta en *marital*? ¿En virtud de qué apariencias, actos o formas se entiende que hay convivencia? ¿Es definitiva la fama? Una relación clandestina o tapada, ¿puede ser *more uxorio*? ¿Es definitorio haber tenido un hijo? ¿Tener una misma economía? ¿Tener un mismo domicilio? ¿O basta con tener el mismo lecho de una manera continuada? ¿por qué se pierde la p.c. por vivir maritalmente? Las parejas de hecho no tienen deberes alimenticios ni por ende cabe entre ellos ninguna p.c.. Ni aunque tengan un hijo (Barcelona, 12^a, 18-IX-1996).

Pero hay un punto en que el legislador de 1981 ha querido marcar bien las distancias con el de 1932, y es en cuanto al criterio para imputar la obligación.

En la anterior normativa la pensión se exigía “del culpable”; y la legislación actual, siguiendo la tónica de otras legislaciones, rehuye deliberadamente todo lo que suene a cónyuge culpable y a cónyuge inocente (de la separación o el divorcio). Creo que el haber convertido la pensión alimenticia en la actual pensión compensatoria (aunque el legislador no se comprometa con esta denominación) se debe al deseo de hacer la imputación con criterios de equidad y no con criterios de culpabilidad. En definitiva el legislador de 1981 ha sustituido el binomio “cónyuge culpable/cónyuge inocente”, por el binomio “cónyuge que queda peor/ mejor”. Pero este distinto criterio de imputación no debe llevarnos a pensar que la nueva pensión ha dejado de ser asistencial, pues como ya hemos visto, la pensión de alimentos es también una obligación compensatoria que corrige una situación de desigualdad peyorativa entre las necesidades de uno de los cónyuges y la sobra de medios del otro.

Lo que sí han variado han sido los parámetros para cuantificar la pensión asistencial del art. 97.

Desde la necesidad alimenticia basada en la carencia de bienes, de la norma republicana, a la necesidad basada en la imposibilidad de encontrar un trabajo, vemos toda la distancia recorrida por nuestra sociedad desde 1932. Pero, además, hoy se han multiplicado los factores del posible desequilibrio conyugal, en la forma que luego veremos. Para conceder la pensión ya no necesitamos que se dé el extremo de una persona acaudalada frente a un cónyuge impecune que pasa hambre ⁽⁴⁵⁾. La pensión tiene una base más amplia. Pero sigue teniendo la misma naturaleza asistencial. Sólo que ahora las necesidades y los medios se definen de otra forma.

2. La naturaleza asistencial, análoga a la alimenticia, suele rechazarse con base en argumentos del siguiente tipo: La obligación de darse alimentos la tienen los cónyuges ⁽⁴⁶⁾; es así que los divorciados no son cónyuges, *ergo*...

⁽⁴⁵⁾ Segovia 1-VII-1997: “La p.c. no presupone, como la de alimentos entre cónyuges, una situación de necesidad en el acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico en perjuicio suyo, lleve o no aparejada aquella situación de necesidad.”

⁽⁴⁶⁾ Arts. 143, 67 y 68. Generalmente se usan indistintamente las expresiones “ayudarse” y “socorrerse”. No creo probable que el legislador haya incurrido en esta redundancia al redactar dos artículos seguidos y destinados a ser leídos en la solemne ceremonia de contraer matrimonio. Las palabras “socorrerse” y “socorro” —que lamentablemente van cayendo en desuso— denotan siempre un auxilio económico. “Ayudarse” es otra cosa, más humana y profunda, que a mi juicio nada tiene que ver con los alimentos.

Podrían, sin embargo, hacerse algunas objeciones a la menor del anterior silogismo.

Es indudable que la nulidad matrimonial convierte a los cónyuges en no-cónyuges. Pero el divorcio los convierte en ex-cónyuges. Y no está claro que el “status” del divorciado sea el mismo que de soltero, salvo en el particular relativo a que ambos pueden contraer matrimonio.

Sin ánimo de entrar a fondo en esta cuestión, me parece que **algunos deberes conyugales se conservan después del divorcio**:

- *Se conservan todos los relacionados con el deber de “actuar en interés de la familia”*, que se desglosa a su vez en innumerables deberes paternofiliales y de colaboración conyugal para hacer posible la educación de los hijos.
- *También se conserva el parentesco por afinidad*. Por ejemplo, un divorciado no podría adoptar a su excuñado, aunque éste fuera catorce años más joven.
- *El cónyuge divorciado, posiblemente, tiene la misma obligación de reservar que el viudo*, a favor de los hijos del primer matrimonio los bienes donados por su ex cónyuge o por sus parientes en consideración a éste, pues existen evidentes razones de analogía entre el divorciado que contrae nuevas nupcias y el viudo que hace lo propio ⁽⁴⁷⁾.
- *El divorciado no es “un extraño”* a efectos de poder reclamar, al amparo del art. 1894 ⁽⁴⁸⁾, los alimentos que espontáneamente haya dado a su excónyuge después del divorcio.

Las anteriores observaciones bastan para mostrar que el divorciado tiene un “status” especial —rebajado, pero no exento de deberes— respecto al que tenía de casado. La pensión del art. 97 es buena prueba de que no todos los deberes asistenciales quedan cancelados como consecuencia del divorcio ⁽⁴⁹⁾.

(47) Cfr. arts. 968 y ss.

(48) Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese *un extraño*, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

(49) El art. 152 no menciona el divorcio entre las causas de extinción de la obligación alimenticia. Podría decirse que es un olvido del legislador. Pero como la norma está vigente, el intérprete tiene que buscarle un sentido jurídico, aunque sospeche que fue un olvido no haber reformado el artículo. El azar y la casualidad, a veces, también legislan. Véase, por ejemplo, lo ocurrido con la famosa reserva troncal del art. 811. Cuando ALONSO MARTÍNEZ introdujo esta reserva, para evitar que el patrimonio que tradicionalmente

Los que se dejan impresionar por la aparente fuerza lógica del silogismo que estamos impugnando tal vez no noten la paradoja que supone que la pensión alimenticia concedida al cónyuge en la separación se le mantenga luego en el divorcio con el nombre de pensión compensatoria. Si se puede prorrogar la pensión alimenticia vía la compensatoria ¿podemos decir que son realmente pensiones de distinta naturaleza?

Digamos, por último, en apoyo de nuestra tesis, que entre divorciados pueden darse pensiones alimenticias en sustitución de la compensatoria, en los siguientes casos:

— *Si en el convenio regulador los cónyuges pactan una pensión alimenticia a favor del más necesitado.* No una pensión compensatoria sino, vuelvo a insistir, alimenticia. Pensión que no se extinguiría por casarse de nuevo el alimentista o por vivir maritalmente con otra persona (en tanto que la nueva situación no haga mejorar su economía). Una estipulación de este tipo sería válida al amparo del art. 153, que autoriza a establecer “por pacto” la misma obligación alimenticia que la ley impone a los parientes.

— *“Mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber”* ⁽⁵⁰⁾, hay que darle alimentos al cónyuge divorciado

había pertenecido a una familia fuese a parar a manos de otra familia por el juego de las muertes prematuras, se preocupó de cubrir el flanco de que los bienes procedentes de un ascendiente o de un hermano emigrasen a otra familia por el cauce de un descendiente ya heredado y muerto prematuramente, al que heredaba otro ascendiente. Pero no se preocupó de taponar la vía más común de escape de los bienes de una familia a otra, que es la vía del matrimonio. Supongamos que un matrimonio joven y sin hijos tiene un accidente de tráfico, muriendo el marido en el acto y la esposa a los pocos días, sobreviviéndole sus padres, que la heredan. Como ella, a su vez, heredó abintestato al marido por haberle sobrevivido, los bienes que éste hubiera heredado de sus padres, pasarán, a la muerte de los suegros, a los parientes de la mujer. ¿Por qué ALONSO MARTÍNEZ se olvidó de este caso? En realidad no se olvidó de nada, porque ese caso no se podía producir con la normativa entonces en vigor, que llamaba como herederos abintestatos a los hermanos antes que al cónyuge. Al reformar el legislador de 1981 el orden sucesorio, para anteponer al cónyuge sobre los hermanos, se olvidó de adaptar la reserva del 811.

Todo el mundo cree que fue un olvido, y seguramente lo sería. Pero eso al jurista no le importa. Lo importante para el jurista es interpretar la legislación tal como está, y preguntarse: La anteposición del cónyuge por delante de los hermanos, dejando inalterado el art. 811, ¿no implica que el principio de troncalidad ha cedido paso a otra concepción en virtud de la cual el lazo matrimonial se revela como más fuerte y decisivo que el de la familia de origen, con todas las consecuencias patrimoniales que se derivan de este cambio de valoración social?

⁽⁵⁰⁾ Art. 1408.

que los necesite. Pensión ésta que ha planteado problemas de coordinación con la compensatoria, nada desdeñables ⁽⁵¹⁾.

— *Una pensión alimenticia ha podido ser fijada también al amparo del art. 1318.2º*, que autoriza al juez a tomar las medidas cautelares que estime convenientes para asegurar el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, así como “proveer a las necesidades **futuras**”.

Es dudoso que una pensión de futuro así fijada se extinga como consecuencia de la sentencia de divorcio a menos que en la misma se haya fijado una pensión compensatoria que la sustituya. Y la duda se sostiene porque la pensión ha podido fijarse hasta que se liquiden los gananciales o el régimen de que se trate. Y además, porque, aunque esa declaración no la haya hecho el juez *expressis verbis*, tampoco es absurdo colegirla, teniendo en cuenta que el art. 1318 es una norma general aplicable a cualquier régimen matrimonial, incluido el de separación de bienes, y que pertenece al Libro que regula las Obligaciones y Contratos y no al que regula el Matrimonio.

XII. CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA ASISTENCIAL

Decir que una obligación es de carácter asistencial, tiene tres consecuencias importantes.

Primero, que la obligación sólo se impone si la capacidad económica del deudor lo permite.

Segundo, que la cuantía de la obligación se fija en consideración a circunstancias personales de acreedor y deudor. (Por consiguiente, no es de esencia a la pensión tener que cubrir todas las necesidades del cónyuge acreedor ni todo el desequilibrio que la justifica) ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Es frecuente que las Audiencias concedan p.c. sólo mientras se liquidan los gananciales. Por ej., Teruel 26-XII-1996

⁽⁵²⁾ Estas dos características distinguen la p.c. de las obligaciones indemnizatorias y de enriquecimiento injusto. Estas últimas se cuantifican objetivamente, *en toda la extensión del daño o en toda la extensión del enriquecimiento*, con independencia de si el deudor condenado al pago tiene o no solvencia para hacerle frente. En cambio, la pensión compensatoria, aunque traiga causa de un daño personal sufrido por uno de los cónyuges durante el matrimonio, no llega a nacer si las condiciones materiales de vida de ambos cónyuges son iguales o parecidas (ambas igualmente buenas o igualmente malas) en el momento de la separación o el divorcio. Es la desigualdad peyorativa entre las posiciones de uno y otro la que engendra la obligación; no la existencia de un daño ni de un enriquecimiento sin causa.

Tercero, que la pensión compensatoria puede cuantificarse en la misma forma que los alimentos de un hijo adicional (pensión básica), con eventuales desviaciones al alza para tomar en consideración factores indemnizatorios o de enriquecimiento injusto. Pero sin que estas desviaciones puedan rebasar el máximo absoluto representado por el nivel de vida anterior del matrimonio.

XIII. LA CUÁDRUPLE RAÍZ DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Para ordenar los índices de cuantificación de la pensión compensatoria, primero completaremos los que menciona el artículo 97 a la luz del Derecho Comparado, y luego intentaremos hacer una clasificación.

Ya hemos observado anteriormente que las circunstancias del art. 97 tienen carácter indemnizatorio (la 5ª y la 7ª), alimenticio (la 8ª), contractual (la 1ª), y cuasicontractual o compensadora de algún enriquecimiento sin causa (la 4ª). Cuádruple raíz que se corresponde con los cuatro tipos de desigualdad peyorativa que hemos estudiado en el epígrafe IX.

La legislación comparada nos permite adicionar la lista de circunstancias del art. 97 con estas otras:

1. La ayuda prestada durante el matrimonio por un cónyuge al otro, para que éste terminase la carrera, preparase unas oposiciones, u obtuviese o consolidase un puesto de trabajo.
2. La preparación u oficio del cónyuge que pide la pensión, la situación del mercado para ese tipo de trabajo, el tiempo y dinero necesarios para adquirir un oficio o profesión de más futuro, etc.
3. El “handicap” que las tareas domésticas representen para el ejercicio de una profesión u oficio remunerados.
4. La pérdida de la expectativa de recibir una legítima en la herencia del cónyuge.
5. La carga de obligaciones que para cada parte resulte de la liquidación del régimen conyugal.
6. Las repercusiones fiscales, económicas y financieras, que para cada cónyuge suponga la separación o el divorcio, incluidas las derivadas de la propia pensión compensatoria.

7. La causa de la separación o el divorcio cuando desde todo punto de vista repugne a la justicia no tomarla en consideración ⁽⁵³⁾.

8. Los perjuicios personales causados por un cónyuge al otro durante el matrimonio, tanto si han sido la causa de la separación o el divorcio, como si no.

9. Las necesidades de alojamiento de cada cónyuge.

10. La pérdida, al disolverse el matrimonio, de la pensión alimenticia concedida en la separación.

11. La pérdida por caducidad del derecho a reintegrarse al puesto de trabajo del que se pidió excedencia para dedicarse a los hijos. En general, la pérdida de antigüedad, dedicación, u otros derechos laborales, como consecuencia de la dedicación a la casa.

12. Cualquier minusvalía, física o mental.

13. Los perjuicios del divorcio para cada uno, que se acrediten en el pleito.

Los nuevos índices pueden clasificarse asimismo en indemnizatorios (4ª, 7ª, 8ª, 10ª, 11ª, 12ª y 13ª), alimenticios (2ª, 3ª y 9ª) y de enriquecimiento injusto (1ª).

Cualquiera que sea el índice que añadamos por analogía a la lista del art. 97, siempre lo podremos reconducir a una de los cuatro tipos de desigualdad peyorativa antes estudiados (6.6). Ello permite referirse a una cuádruple raíz de la pensión compensatoria. Lo que quiere decir que, sin perjuicio de la naturaleza fundamentalmente asistencial de la pensión básica, se pueden tomar en cuenta para aumentarla otros factores de índole contractual, cuasicontractual o indemnizatoria.

Quedan luego factores como la edad y estado de salud, la cualificación profesional y probabilidades de encontrar empleo, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, el tiempo necesario para reciclarse en el mercado de trabajo, el tiempo que quita la dedicación al trabajo doméstico, etc., que parecen apuntar a la duración de la pensión más que a su cuantía.

⁽⁵³⁾ Muchos ordenamientos la toman en cuenta, entre ellos el nuestro, al menos en el aspecto sucesorio. Cfr. por ejemplo la referencia del art. 864 al cónyuge separado “por culpa del difunto”. Pero, incluso en el terreno matrimonial, ¿qué juez acordaría una pensión compensatoria a favor del cónyuge asesino, que ha atentado contra la vida del otro, imponiéndole esta carga a la víctima? Se mire como se mire, la causa de separación o divorcio del art. 86.5º es claramente culpabilística. Y asimismo lo son las causas de separación que son al mismo tiempo delitos, o al menos causas de desheredación, incompatibles a nuestro juicio con el pago de una pensión compensatoria.

Ello recomienda tratar por separado las dos dimensiones de la pensión compensatoria: su cuantía y su duración.

XIV. LA CUANTÍA BÁSICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria ha de ser proporcional al desequilibrio entre las posiciones económicas del marido y de la mujer. Pero ¿cómo se puede medir subjetivamente un desequilibrio?

A) Si las “posiciones” económicas fueran **reversibles** o **intercambiables**, un método para valorar subjetivamente la diferencia entre ambas sería el siguiente.

Pedirle a los cónyuges que indiquen en plica cerrada el suplemento a metálico necesario a juicio de cada uno para igualar económicamente las dos “posiciones” consideradas. Abiertas las plicas, se adjudicaría la “posición” más ventajosa al que la haya gravado con un suplemento a metálico *mayor* a favor del otro, con la obligación de pagarle al otro la *media* de los incrementos fijados por ambos. Y si se diera el caso excepcional de que cada uno dijera que la opción más ventajosa es la que el otro considera secundaria, se le daría a cada uno la que ha preferido, con la carga de pagarse mutuamente los respectivos suplementos a metálico. Hecha la adjudicación de esta forma, ninguno de los dos podría oponer reparos a la justicia del reparto, sin ir contra sus propios actos.

La mecánica expuesta funciona porque las posiciones son reversibles. Las partes, al enunciar el suplemento a metálico que estiman justo para equilibrar las dos opciones propuestas, se ven constreñidas a ser sinceras. Tanto si exageran como si disimulan se verían perjudicadas. En el primer supuesto, porque el que exagera el suplemento, tendrá que *pagarlo de más*. Si lo disimula o reduce, porque el que lo disminuye tendrá que *cobrarlo de menos* ⁽⁵⁴⁾.

Este método podría utilizarse, por ejemplo, para equilibrar los lotes de una partición o para recalcular la lesión de una partición ya hecha.

B) Pero cuando las “posiciones” que se comparan son personales e intransferibles, como sucede con la situación del marido y de la mujer después de la separación o el divorcio, el método expuesto no sirve, porque las posiciones están adjudicadas de antemano y no se pueden intercambiar. Si se le preguntara

⁽⁵⁴⁾ La situación es parecida a la división de un proindiviso a base de que uno de los condóminos diga un precio y el otro decida si a ese precio vende su parte o compra la del otro. La mejor estrategia de este juego, para el que dice el precio, es ser sincero.

al cónyuge que sabe que va a tener que pagar la pensión compensatoria qué montante equilibraría su posición económica con la de su cónyuge, negaría que hubiera ningún desequilibrio o disimularía su importancia; mientras que la otra parte no cesaría de exagerarlo. Y así ocurre, en efecto, en la discusión de cualquier pleito matrimonial.

Para estos casos no hay más solución que encomendarle a un tercero (un juez) la tarea de fijar el “suplemento a metálico” que, a su juicio, imparcial pero subjetivo, equilibra las posiciones.

¿Cómo tiene que valorar el juez el desequilibrio?

La ley se limita a darle una lista (abierta) de circunstancias a tener en cuenta. Pero se las da mezcladas —la principal (8ª) con las accesorias⁽⁵⁵⁾, las que sirven para determinar la cuantía y las que sirven para determinar la duración de la pensión— dejando al intérprete la difícil tarea de ordenarlas y jerarquizarlas.

Sin embargo, si se acepta la conclusión a que antes hemos llegado sobre la naturaleza fundamentalmente asistencial de la pensión compensatoria, el problema está resuelto:

Las mismas Tablas para el cálculo de la pensión alimenticia que fueron publicadas en el número anterior de esta Revista, pueden servir de guía para cuantificar la pensión compensatoria básica.

El cónyuge, a efectos de cálculo, tendría la consideración de un hijo más⁽⁵⁶⁾, ya que los hijos siempre son preferidos al cónyuge a efectos de alimentos⁽⁵⁷⁾.

En suma, si se da la desigualdad peyorativa que da derecho a percibir la pensión compensatoria, su cuantía básica se puede determinar como la pensión alimenticia correspondiente a un hijo más. Pero teniendo buen

(55) En el Código Civil francés, al que sigue el nuestro en ésta como en tantas cosas, está muy claro en cambio que la p.c. depende de un único factor de desequilibrio: la desigualdad peyorativa entre las necesidades de uno y los medios del otro. Pero bien entendido que esas necesidades y recursos no son los del momento actual sino los previsibles en el inmediato futuro, de forma que el legislador ha tenido que señalar también un cuadro de circunstancias a tener en cuenta para hacer esa previsión de futuro, que son análogas a las de los números 1ª a 7ª de nuestro art. 97.

(56) Más exactamente el cónyuge sería equiparado a un (hipotético) *último* hijo con derecho a alimentos.

(57) Art. 143, *in fine*.

cuidado de tomar como ingresos sólo los que tengan carácter de permanencia ⁽⁵⁸⁾.

XV. LÍMITES DE LA REVISIÓN AL ALZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Como quiera que la pensión compensatoria tiene una cuádruple raíz, la cuantía básica (o en su caso, la duración de la pensión) puede aumentarse equitativamente en consideración a factores indemnizatorios y de enriquecimiento injusto que hayan podido ser probados en el pleito, **hasta el límite máximo representado por el nivel de vida anterior del matrimonio, y siempre que la capacidad de pago del cónyuge deudor lo permita.**

Este doble techo —el nivel de vida previo y la capacidad de pago del deudor— reduce en la práctica el margen de aumento que puede experimentar la pensión compensatoria básica. Por lo que la orientación obtenida de las Tablas, en la forma indicada, será útil para la inmensa mayoría de los casos, al no ser posible la revisión al alza aunque hubiera méritos para ello.

Excepcionalmente, cuando los cónyuges hayan pactado una pensión compensatoria, dicha cuantificación convencional, sin ser vinculante para el juzgador ⁽⁵⁹⁾, es también referencia obligada para subir o bajar la pensión básica obtenida de las tablas.

(58) La pensión compensatoria hay que fijarla con visión de futuro, pues ella misma va a ser muy estable (sólo modificable cuando ocurran cambios **sustanciales** de fortuna). Una pensión así no puede determinarse en base a ingresos coyunturales, que ya se sabe que no van a durar. Supongamos que el cónyuge deudor está próximo a cumplir la edad de jubilación. En tal caso, podría fijarse la cuantía de la p.c. para el tiempo que falta hasta la jubilación, y una segunda cuantía a partir de ese momento. Nada hay en el art. 97 que impida este tipo de cuantificación bietápica.

(59) No solo no es vinculante, sino que el juzgador debiera vigilar escrupulosamente los convenios reguladores con p.c. desmesuradas. Para una persona agobiada por sus acreedores privativos, siempre es tentador fingir una separación convencional y estipular en el convenio regulador una fuerte pensión compensatoria a favor del cónyuge. Pensión que, en el mismo convenio o a renglón seguido, se conviene en pagarla mediante una transferencia masiva de bienes al amparo del art. 99. Aprobado el convenio judicialmente, será más difícil derribarlo por fraude a los acreedores. Y, sin embargo, los cónyuges tienen siempre en la mano deshacer lo hecho cuando lo estimen conveniente, sin más que comunicar al Juzgado que se han reconciliado. Para colmo, ni siquiera el haber continuado el deudor viviendo en el mismo domicilio puede tomarse como indicio seguro de simulación, en vista de lo dispuesto en el art. 87.

XVI. LA DURACIÓN BÁSICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

— Cuando la pensión compensatoria ha sido pactada por los cónyuges, habrá que estar para su duración a los términos del convenio. En todo caso la pensión se extinguirá además por las causas generales.

— Cuando la pensión tenga carácter mixto (alimenticio e indemnizatorio, alimenticio y compensatorio de un enriquecimiento, o todo a la vez), no tiene límite temporal fijado de antemano. Esto no quiere decir que tenga que ser siempre una pensión o renta vitalicia. Ninguna deuda asistencial tiene carácter vitalicio, pues tanto su subsistencia como su cuantía dependen constantemente de que se mantenga a lo largo del tiempo la desigualdad peyorativa entre las necesidades y los medios.

La distinción principal, a efectos de fijar el límite temporal de la pensión compensatoria, debe ser la de matrimonios sin hijos y con ellos.

A) *Cuando los cónyuges no tengan hijos, la pensión es según la jurisprudencia, normalmente temporal* ⁽⁶⁰⁾.

Algunas legislaciones señalan un tiempo máximo de duración (tres años). Otras dan criterios orientativos. (Por ejemplo, la regla de California es que la pensión dure la mitad del tiempo que haya durado el matrimonio.) Nuestro Código no ofrece ninguna regla, por lo que habrá que atender a la edad del alimentista, a su cualificación profesional, y a su experiencia y relaciones de hecho, para formarse un juicio acerca del tiempo que precisará hasta estar en condiciones de ejercer un oficio, profesión o industria. Circunstancia esta última que pone fin a la obligación de dar alimentos (art. 152.3º) y, por extensión analógica, a la pensión compensatoria.

⁽⁶⁰⁾ Asturias (4ª) 25-I-1997: “Aunque esta Sala, en las más recientes resoluciones ha admitido la fijación de la pensión compensatoria con carácter temporal, esta posibilidad ha de considerarse como excepcional... De ahí que se haya razonado, en las sentencias que la han fijado, que habría de concurrir como requisito fundamental la corta duración del matrimonio, debiendo valorarse también la inexistencia de hijos, la posibilidad del cónyuge acreedor de acceder a un trabajo que anteriormente haya desempeñado y al que, por excedencia u otra razón, no pueda reincorporarse de inmediato y su edad y cualificación profesional”. En el mismo sentido: Orense, 18-III-1997, Córdoba, 13-V-1993, Almería 10.-XII-1994, León 28-IV-1995, Vizcaya 23-II-1994. En la primera de ellas, se trataba de un matrimonio sin hijos: ella, de 29 años, Licenciada en Económicas; él, Arquitecto con ingresos brutos de unos 30 millones de pesetas al año. La Audiencia le fijó a ella una pensión compensatoria de 70.000 pts. por un periodo de nueve meses. Dice la sentencia que la p.c. tiene “un carácter eminentemente indemnizatorio o resarcitorio de los perjuicios de orden patrimonial que la cesación de la vida en común ocasione a uno de los cónyuges (naturalidad que se muestra claramente en el art. 99 CC que permite la entrega de un capital en dinero)”.

La finalidad de la pensión es, en este caso, ayudar transitoriamente al cónyuge más desfavorecido (normalmente al ama de casa) a adquirir independencia económica. Convertir sistemáticamente esta ayuda en una renta vitalicia fomentaría situaciones de parasitismo interconyugal ⁽⁶¹⁾, creando una carga personal perpetua ⁽⁶²⁾.

Excepcionalmente la pensión será, no obstante, vitalicia, aun en matrimonios sin hijos, cuando el matrimonio haya durado mucho tiempo, y el cónyuge beneficiario tenga una edad, estado de salud o condiciones que anulen toda esperanza práctica de que consiga emanciparse económicamente.

B) *Cuando los cónyuges tienen hijos la pensión no debe en principio limitarse en el tiempo.*

— Si los hijos son pequeños, porque el cónyuge encargado de su custodia tendrá por delante una larga dedicación futura a la familia y la edad en que se verá libre de esa carga será probablemente cuando las posibilidades de encontrar trabajo o de consolidar una pensión sean prácticamente nulas.

— Y si los hijos son mayores cuando los padres se divorcian, estaremos igualmente ante cónyuges en edad madura, con un limitado horizonte laboral, si no jubilados.

Excepcionalmente la pensión será, no obstante, temporal, si las cargas familiares son pequeñas y compatibles con un trabajo para el cual el cónyuge acreedor posea edad y formación adecuados.

(61) Palencia 4-X-1996: La p.c. “*Tiene carácter circunstancial y no de renta vitalicia.*” (Se trataba de un matrimonio, sin hijos, de corta duración. La Audiencia limitó la p.c. a tres años, Y dice: “*Conforme a la doctrina del T.S. (sent. 10-III-1992) la p.c. lo que trata es de establecer una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la separación de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de los esposos afectados, no tratando el referido art. 97 de imponer sanciones sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes.*”

(62) Por otro lado, téngase en cuenta que la pensión compensatoria da a comer un pan bastante amargo. Primero, porque lo es depender del cónyuge divorciado y vivir bajo la constante incertidumbre de que puedan cambiar sus circunstancias. Y segundo, porque las irregularidades frecuentes en el pago de la pensión añaden un plus de inquietudes y gastos para el perceptor. Por eso, interpretando el art. 97 con arreglo a la realidad social de nuestro tiempo, creo que la pensión, en el caso de matrimonios sin hijos, debe ser temporal *por regla general* y servir para ayudar al ama de casa a conquistar su propia independencia económica. Como dice Zamora, 17-X-1996: “*No es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, porque sería una carga insostenible para el obligado a abonarla y un beneficio o enriquecimiento injusto para quien la recibe, debiendo conectarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un ‘status’ económico autónomo.*”

Podemos resumir las conclusiones sobre cuantía y duración de la pensión compensatoria, en el siguiente cuadro:

PENSION COMPENSATORIA

Modalidad	Cuantía	Duración
<i>Contractual</i>	La pactada con los límites del art. 1.255 del CC	La pactada con los mismos límites
<i>Alimenticia o mixta</i>		
Cónyuge sin hijos	Como los alimentos de un hijo más	Temporal (Excepcionalmente, vitalicia)
Cónyuge con hijos	Como los alimentos de un hijo más.	Vitalicia (Excepcionalmente, temporal)

XVII. PERDIDA DE LA PENSION COMPENSATORIA

Las consideraciones sobre la naturaleza fundamentalmente asistencial de la pensión son también trascendentes a efectos de aplicar a la compensatoria ciertas normas previstas para la alimenticia. En realidad todo el trabajo que nos tomamos los juristas para averiguar la naturaleza jurídica de una institución, no tiene más finalidad que la de indicar la dirección por donde se abren puertas a la aplicación analógica. En otras palabras, se trata de ver si entre las instituciones que se comparan hay “identidad de razón”. Y como de lo que dijimos en epígrafe VII parece deducirse identidad de razón, *mutatis mutandis*, entre la pensión del art. 97 y la alimenticia (ambas, subespecies del género “obligación compensatoria”), podemos trasladar a la primera algunas de las causas de extinción de la alimenticia, ya que dicho particular no interfiere ni con las reglas de atribución ni con las de cuantificación de la pensión, que son los dos únicos extremos en que divergen ambas pensiones.

Esto nos permite ofrecer una lista, más completa que la habitual, de las causas de extinción de la pensión compensatoria:

1. Contraer el acreedor **nuevo matrimonio**.
2. **Vivir maritalmente** con otra persona.
3. **Renuncia** de la pensión, cuando no perjudique a tercero.

4. **Prescripción** de quince años, sin perjuicio de la prescripción quinquenal de los plazos devengados ⁽⁶³⁾.

5. **Muerte del deudor si, además**, la herencia es insuficiente para pagar la pensión o dicho pago afectara a las legítimas.

6. **Haber cesado la causa** que lo motivó, lo que a su vez se desglosa en:

6.1. Quedar libre el cónyuge de la dedicación a la familia, cuando fue ésta la causa para conceder la pensión.

6.2. Muerte del acreedor.

6.3. Haberse reducido la fortuna del cónyuge deudor al punto de no poder satisfacer la pensión compensatoria sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

6.4. Estar el perceptor en condiciones de ejercer un oficio, profesión o industria, o haber adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión compensatoria para vivir con el mismo nivel que tenía durante el matrimonio.

6.5. Haber incurrido el acreedor en causa de desheredación:

6.5.1. Estar incurrido en causa de pérdida de la patria potestad. (Supuestos típicos: abandono, prostitución o corrupción de los hijos menores.)

6.5.2. Haber sido condenado por atentar contra la vida del cónyuge deudor de la pensión.

6.5.3. Haber acusado al deudor de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

6.5.4. Coartar la libertad de testar del pagador de la pensión con amenaza, fraude o violencia, o por suplantar, ocultar o alterar sus testamentos.

APÉNDICE

Breve Historia Genealógica de la Culpa

a) Ley del talió

En materia de daños, la primera respuesta instintiva del hombre debió ser la venganza. En los albores de la Humanidad el único signo sensible que permitía

(63) Arts. 1964 y 1966.1º y 3º. El derecho de pensión y los plazos de esta última, están en la misma relación que la cosa fructífera y los frutos de la misma. La pensión compensatoria tiene la consideración jurídica de un bien mueble (art. 336); los plazos vencidos, la consideración de frutos (art. 475). La primera prescribe a los 15 años, los segundos a los cinco.

imputar el daño era la causación física, por ser ésta la que de una manera ostensible hería los sentidos.

La venganza del ofendido se dirigía indiscriminadamente contra todo agente dañino, sin importar si era persona o animal. En el libro del *Éxodo* encontramos la siguiente ley ⁽⁶⁴⁾: “*Cuando un toro cornease a un hombre o a una mujer y muriese de resultas, el toro será lapidado y no se comerá su carne. Pero el dueño del toro será libre.*”

Es el animal, no el dueño, quien responde. Ni los árboles se libraban de la ira del ofendido. Si alguien se caía de un árbol, podía cortarlo y hacerlo trizas ⁽⁶⁵⁾. Tratándose de personas, la venganza no era menos implacable. En la Ley de las XII Tablas la venganza del acreedor insatisfecho podía llegar hasta cortar en pedazos al deudor (*in partes secare*), sin que el cortar de más o de menos tuviera ninguna importancia: *si plus minusve secuerint, sine fraude esto*.

La vindicta indiscriminada contra todo lo que hace daño puede parecernos un tanto salvaje; pero la verdad es que tiene una base instintiva muy fuerte. El hombre actual que, al aplastarse los dedos contra una puerta que ha cerrado el viento, responde dándole un puntapié a la puerta; el que le tira una pedrada al perro que le acaba de morder; el que al darse un imprevisto martillazo en un dedo arroja violentamente el martillo contra el suelo, etc., reaccionan exactamente lo mismo que nuestros prehistóricos antepasados.

El primer progreso hacia la moderación en la venganza privada fue, curiosamente, la **ley del talión**, que la encontramos en casi todos los Códigos antiguos. La medida del “ojo por ojo y diente por diente”, que hoy vemos como una barbaridad, fue en su tiempo una ley moderada, pues introdujo una medida de equivalencia, fácil de comprender, que puso freno a los excesos de una venganza sin límites por cualquier futesa.

b) El rescate del cautivo

Un segundo progreso parece asociarse con la costumbre de librar de la venganza al causante del daño, pagando los familiares un rescate por él.

⁽⁶⁴⁾ Éxodo 21, 28.

⁽⁶⁵⁾ Oliver Wendell HOLMES: *The Common Law*, ed. Dover. Pese al tiempo transcurrido desde su primera publicación, la lectura de este clásico de la literatura jurídica anglosajona (y también de la literatura, a secas), sigue siendo una fuente inagotable de ideas y sugerencias. Cfr., en particular, el capítulo acerca de “Las formas tempranas de responsabilidad”.

En una obra póstuma y poco conocida de R. VON IHERING, titulada “Pre-historia de los Indoeuropeos” ⁽⁶⁶⁾, se destaca el importante papel que tenía **la columna** en los pueblos arios primitivos. En todo municipio había un poste o columna, “a guisa de monumento público”, que servía como picota en donde era expuesto el deudor o el agresor para que sus familiares y allegados, compadecidos de su situación, pagasen un rescate.

En esta primera versión, el pago de dinero al ofendido no era todavía una indemnización, sino un rescate. Y puesto que estaba destinado a aplacar los ánimos del que había sufrido el daño, su cuantía no tenía que ser proporcional a este último, sino que dependía de la capacidad negociadora de unos y de otros. Sin embargo, es de suponer que, con el tiempo, los precios de rescate se irían haciendo proporcionales a los daños, puesto que también existía una relación entre la intensidad del deseo de venganza por parte del ofendido y la cantidad o calidad de la ofensa.

c) La indemnización

El avance más importante se produjo hacia el siglo III a.C., con la llamada **lex Aquilia**. La novedad consistió en darle carácter forzoso a la reparación económica del daño. A partir de esta ley la indemnización sustituyó al talión.

La ley del talión todavía sobrevivirá marginalmente, hasta los tiempos de Justiniano, en las llamadas *actiones noxales*, mediante las cuales el *paterfamilias* o el *dominus* quedaba libre de la obligación **aquiliana** de pagar el daño hecho por el *filiusfamilias*, el esclavo, o un animal de su propiedad, abandonándolos a su suerte en manos del ofendido (*noxae dedere*).

La sustitución de la *poena* del talión por la *poena* económica, que impuso la ley Aquilia, fue elaborada por los jurisconsultos romanos, quienes terminaron por crear una clase especial de obligaciones pecuniarias: las obligaciones *ex delicto*. En el curso de esta investigación dieron con un descubrimiento muy importante, que revolucionó por completo todas las instituciones relacionadas con la responsabilidad.

d) Aparición de la Culpa

El descubrimiento de las omisiones culpables debió servir al principio para ampliar el radio de acción del talión. La víctima del daño podía tomar venganza no sólo en el agente físico que lo había causado, sino también en el agente moral que, pudiendo, no había hecho nada por evitarlo.

En el mismo *Éxodo*, a continuación de la ley antes aludida, encontramos esta otra:

(66) Hubo una traducción al español, de A. Posada, agotada.

“Pero si el toro fuese corneador de antiguo y, habiendo sido advertido el dueño no lo hubiese guardado, y aquél matare a un hombre o a una mujer, el toro será lapidado y además su dueño será muerto.”

Debió ser más adelante cuando se aplicó también el concepto de culpa a las acciones, al caer en la cuenta de que había que castigar de distinta manera el daño hecho con malicia (*scientia dolo malo*), y el hecho sin querer, por inadvertencia o descuido.

En una de las leyes de las XII Tablas vemos nítidamente la diferencia:

“El que incendiare una construcción o un depósito de grano situado junto a una casa, se manda que, atado y azotado, sea quemado vivo si lo hubiese hecho a sabiendas y deliberadamente; en cambio, si por casualidad, esto es, por negligencia, se manda o que resarza el perjuicio o, si no fuera solvente, que sea castigado con más lenidad.”

Entre el acto y el daño no hay ahora una conexión física de cuerpo causante a cuerpo dañado (*corpore corpori*), sino una imputación moral, invisible, una relación verdaderamente jurídica. La venganza, o a su tiempo, el cobro de la indemnización, no la provoca ahora el resultado sensible (*damnum*), sino un juicio de reproche, de disconformidad con el ordenamiento (*iniuria*)⁽⁶⁷⁾, que presupone ya un alto grado de elaboración intelectual. La capacidad de entender y la libertad de actuar serán los nuevos pilares sobre los que se construirá toda la teoría de la responsabilidad. El *Digesto* resume magníficamente el cambio de enfoque diciendo que es la asechanza, *no el hecho*, lo que debe castigarse (*Consilium, non factum, puniendum est*).⁽⁶⁸⁾

e) Eclipse de la culpa individual y auge de la culpa social

Las nuevas ideas trajeron nuevos problemas. En el terreno de las omisiones, el ingrediente de culpa subjetiva es y seguirá siendo imprescindible para poder atribuir responsabilidad. Pero la indagación de la culpa no siempre conduce a conclusiones seguras.

En las omisiones la dificultad está en que no hay una cadena causal física que nos lleve hasta el agente. En realidad no hay agente. La conexión con el responsable por omisión es el resultado de una imputación muy intelectualiza-

(67) D. 47.10.1: *Iniuria ex eo dicta est quod non iure fiat. Omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur.*

(68) D. 48.8.14. Cfr. También E. RENAN: *Marco Aurelio y el Fin del Mundo Abtigu*, Porúa, 1995, p. 17: “El gran principio estoico de que la culpabilidad reside en la voluntad, no en el hecho, llegó a ser el alma del derecho.”

da, que se logra comparando lo que el agente *no hizo*, con lo que debió haber hecho. Así, por ejemplo, en el caso del trabajador de un horno que, rendido por el sueño, no atajó la propagación del fuego a la casa de campo se dudaba si el responsable era el que encendió el fuego, el locatario que fue negligente en la elección de los oficiales, o el que se quedó dormido ⁽⁶⁹⁾.

Y en el terreno de las acciones, la dificultad es que tenemos una doble causación (física y moral). Y a veces la ilación física y la ilación moral (que conduce al juicio de reproche), se entrelazan y confunden de un modo inextricable. Es famoso el caso, que refiere MELA, del barbero que corta con la navaja el cuello del siervo que estaba afeitando, al recibir un pelotazo en la mano. PRÓCULO culpa al barbero, por ponerse a afeitar en un lugar peligroso, donde se estaba jugando a la pelota. Pero PAULO dice que el juego que causa el daño es también culpable ⁽⁷⁰⁾.

Los juristas clásicos tuvieron el buen sentido de no dejarse extraviar por las consecuencias lógicas de su teoría de la *iniuria* basada en la culpa. Presentían que la Lógica podía ser, como se ha dicho luego, el arte de equivocarse con confianza. Y así no tuvieron inconveniente en abandonar la doctrina de la culpabilidad en cuantas ocasiones veían que no funcionaba; creando al efecto, cuando lo necesitaban, *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*. Mediante ellas, buscaban la reparación de daños patentes y socialmente intolerables, pero en los que el elemento culpabilístico individual no era fácil de descubrir. Por ejemplo: en los daños causados por una multitud (*damnum in turba datum*); en los causados anónimamente por objetos arrojados o caídos desde una vivienda (*actio in factum de effusis et deiectis*); o en los daños hechos a cosas depositadas en poder de los armadores, posaderos y dueños de establos (*actiones in factum contra nautas, caupones, stabularios*).

Estas excepciones a la doctrina de la culpabilidad han ganado modernamente una extensión insospechada, debido a la proliferación de riesgos y a la multiplicidad de efectos externos ⁽⁷¹⁾ que generan la tecnología, la concentra-

⁽⁶⁹⁾ (D. 9.2.27.9).

⁽⁷⁰⁾ (D. 9.2.10 y 9.2.11).

⁽⁷¹⁾ Efectos externos son las repercusiones de la actividad económica que no se transmiten por medio de los precios, o si se quiere, aquellas consecuencias perjudiciales que nadie paga o indemniza por haberlas producido. En la literatura inglesa sobre efectos externos se les designa, eufemísticamente, con los términos de “desbordamientos” (*spillover*) o “superfluidades” (*overflow*). Designaciones que, tratándose de efectos externos indeseables, quizás debiéramos traducir sencillamente por “basura” o “producción de basura”. (Entendiendo por tal, tanto la que se llevan los camiones municipales de la limpieza, como la que queda flotando permanentemente en la atmósfera o ensuciando los mares, los bosques, las ciudades... y nuestros estómagos).

ción demográfica, el lanzamiento constante de nuevos productos al mercado —cuyos efectos a largo plazo son desconocidos la mayoría de las veces—, la inseguridad vial, y en general toda la red de peligros y de amenazas sociales en que está atrapada la vida moderna.

Ello ha obligado a los tribunales de todos los países a adelgazar hasta grados de sutileza increíbles el mínimo de culpabilidad necesario para imputarle a *alguien* las consecuencias de hechos, que son lícitos, pero al mismo tiempo perjudiciales ⁽⁷²⁾.

Los caminos que se han seguido han sido fundamentalmente tres:

- **Presumir la culpa:** de manera que no sea la víctima la que tenga que probar la negligencia, sino el causante del daño el que ha de probar su diligencia.
- **Culpabilizar el riesgo:** de manera que baste la voluntariedad en poner la *primera piedra* de la cadena causal, para responder de todas sus consecuencias más o menos incidentales o remotas ⁽⁷³⁾.
- **Socializar la culpa:** siguiendo a su vez dos caminos.
 - Por un lado, abriéndole paso a la idea de **culpa social:** una culpa estereotipada y prácticamente irrefutable, que unas veces está incrustada en los hechos mismos (como en las antiguas *actiones in factum*) ⁽⁷⁴⁾, y otras veces se deduce de arquetipos de comportamiento muy exigentes (tomando como patrón de medida el de un *diligentissimus paterfamilias*), sin importar que estas cotas de previsión sean inasequibles para quienes sólo poseemos una clarividencia mediana.

⁽⁷²⁾ Donde los perjuicios, no obstante, están contrapesados por los beneficios de la producción en masa de bienes y servicios, y de aquí la licitud de la actividad a pesar de ser diseminadora de riesgos gravísimos.

⁽⁷³⁾ Cfr., por ejemplo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad por productos defectuosos. El principio general es que los fabricantes y los importadores son responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen. Pero fabricante es tanto el del producto terminado, como el de la materia prima, el de cualquier elemento integrado en el producto terminado, y hasta “cualquier persona que se presente en público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo distintivo en el producto o en el envase, envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación”. Análogamente, importador es el que introduce el producto en la Unión Europea y también los distribuidores, los arrendadores financieros, etc.

⁽⁷⁴⁾ Casos de responsabilidad *in factum* son los arts. 1905, 1908 y 1910.

- Y por otro lado, procurando difundir la responsabilidad a colectivos enteros (en la misma medida que se ha difundido el daño o las probabilidades de que se produzca), a través del **seguro obligatorio** de determinados riesgos, *que, como los del automovilismo, son creados por el colectivo y por nadie en particular*. Exactamente igual que ocurría en los daños causados por la turbamulta (*damnum in turba datum*).

Pero, aun prendida con alfileres, la culpa sigue alentando en el interior de la responsabilidad aquiliana. Siempre podemos decir que, puesto que el daño ocurrió, ello fue porque el agente físico olvidó algo, no previó algo, tuvo algún error de conducta, a tenor de patrones de comportamiento muy exigentes fijados por la ley.

Tan pronto dejamos atrás estos últimos reverberos de la culpa, salimos fuera del campo de la indemnización y entramos en el de la compensación. Un terreno distinto, donde el criterio de imputación no es la culpa, sino hechos lícitos causantes de diversas formas de enriquecimiento (*ex variis causarum figuris*), hechos ilícitos cometidos por inimputables, o bien una **desigualdad o desequilibrio económico fortuito que, por contrarios a la equidad, son corregidos por la ley mediante indemnizaciones de equidad y obligaciones de tipo compensatorio**.

LOS MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

ELENA ARCE JIMÉNEZ

Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
 - II. LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIONES DE RIESGO. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 1/1998, DE 20 DE ABRIL, DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN DEL MENOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA**
 - III. ANÁLISIS DE LA REALIDAD**
 - IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACION DE EXTRANJERIA EN MATERIA DE MENORES**
 - V. CONCLUSIONES**
-

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

La exposición de motivos de la LO del menor presenta esta Ley como una respuesta a las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad, que han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

Nuestro ordenamiento jurídico, en el desarrollo legislativo postconstitucional, ha ido introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» ⁽¹⁾ se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Esta Ley en particular va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás ⁽²⁾.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva ⁽³⁾. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más

(1) Artículo 9 LO 1/1996: “1. El menor tiene 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. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.”

(2) Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

(3) Artículo 2 *in fine*: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”

en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

Continúa la Exposición de motivos de esta Ley haciendo suyas las teorías más modernas del conocimiento científico actual concluyendo que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.

Por mandato constitucional ⁽⁴⁾, los menores gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos. Por lo tanto esta Ley, en consecuencia con el mandato anterior, viene a concretar esa protección en su artículo 3.^º ⁽⁵⁾.

Toda esta normativa internacional marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. En el mismo sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

(4) Art. 39.4 CE: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

(5) “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.”

II. LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIONES DE RIESGO. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 1/1998, DE 20 DE ABRIL, DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN DEL MENOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, señala en su Exposición de motivos que “pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas”. En este sentido, la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, regulando en una disposición final específica las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquéllas.

Al referirse a competencias de carácter administrativo, señala que las mismas: “corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias y las asumidas por aquéllas en sus respectivos Estatutos”. A las Comunidades Autónomas les corresponde la consideración de entidad pública a la que se encomienda la protección de los menores.

Así, han venido naciendo en las Comunidades Autónomas normas de carácter general que vienen a concretar y actualizar el ejercicio de las competencias respecto de la protección de los derechos de los menores, y los procedimientos necesarios para la aplicación de las medidas adecuadas.

Todas las normas promulgadas por las Comunidades Autónomas reproducen en sus primeros artículos ⁽⁶⁾ lo señalado en el artícu-

⁽⁶⁾ **Aragón:** Ley 10/1989, de 14 de diciembre. Protección de menores. Normas reguladoras: Artículo 1.3. Las medidas previstas en la presente Ley serán de aplicación *a todos los menores de edad* que se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma y en los que concurra alguna de las circunstancias que dan lugar a la acción protectora, *salvo que estén sometidos a otra normativa aplicable*.

Cataluña: Ley 37/1991, 30 de diciembre. Medidas de protección de los menores desamparados y adopción en la Comunidad Autónoma de Cataluña: Artículo 1.º—La Generalitat de Catalunya, mediante el organismo que tenga atribuida esta competencia, ejerce, de acuerdo con la presente Ley y con la Ley 11/1985, de 13 de junio, en la parte que permanece vigente, la *protección sobre los menores desamparados domiciliados o que se hallen eventualmente en Catalunya*. Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes. Artículo 1.º Objeto de la Ley.—La presente Ley tiene por objeto la *atención y protección de los niños y los adolescentes que residen o se hallan transitoriamente en el territorio de Cataluña*, para garantizar el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral en los ámbitos familiar y social.

lo 1 ⁽⁷⁾ de la LO 1/1996, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, señalando como único criterio diferenciador para la protección del menor extranjero,

Extremadura: Ley 4/1994, 10 de noviembre. Menores. Protección y atención: Artículo 2.º—A los efectos de la presente Ley, serán objeto de protección los menores de edad, *cualquiera que fuera su nacionalidad, que tengan su domicilio o se hallen eventualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sin perjuicio en este caso de las facultades que pudieran corresponder a la autoridad competente en otro territorio.*

A los menores de nacionalidad extranjera susceptibles de medidas de protección, les será de aplicación lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Código Civil y en los Convenios o Tratados Internacionales ratificados por el Estado español.

Baleares: Ley 7/1995, de 21 de marzo. Menores desamparados. Guarda y protección. Artículo 1.º Objeto.—La presente Ley tiene por objeto regular las medidas protectoras que deban aplicarse a los *menores de edad en situación de desamparo que se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.*

Comunidad de Madrid: Ley 6/1995, 28 de marzo. Derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid. Garantías Artículo 1.º Objeto.—La presente Ley tiene por objeto: b) Determinar los derechos de los *menores que se encuentren en el territorio de la Comunidad de Madrid* en el ámbito de las competencias de la misma, complementarios de los ya reconocidos en la Constitución y demás normas del Estado.

Canarias: Ley 1/1997, de 7 de febrero. Menores Atención Integral. Artículo 2.—Ámbito de aplicación. La presente ley es de aplicación *a todos los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de lo dispuesto en la Ley que les sea aplicable.*

La Rioja: Ley 4/1998, de 18 de marzo: Artículo 2. Ambito de aplicación.—La Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social, a través de la Dirección General de Bienestar Social, es el órgano competente en materia de *protección de menores residentes en la Comunidad Autónoma de La Rioja, así como de los menores transeúntes, sin perjuicio en este último caso de las facultades que pudieran corresponder a la autoridad competente en otro territorio.*

Andalucía: Ley 1/1998, de 23 de abril: De los derechos y la atención al menor: Art. 23.1.—Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados *que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones Públicas.*

Castilla-La Mancha: Ley 3/1999, de 31 de marzo. Del Menor: Artículo 2. Ámbito personal y territorial de aplicación.—Las medidas contempladas en la presente Ley serán de aplicación *a todos los menores de edad que tengan su domicilio o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*, así como a los jóvenes mayores de edad sobre los cuales se haya ejercido alguna medida administrativa o judicial a los efectos previstos en el Capítulo X del Título II de esta Ley, *sin perjuicio de que resultare aplicable otra normativa por razón del origen o procedencia del menor y de las facultades que pudieran corresponder a la administración competente de otro territorio.*

(7) Art. 1 LO 1/1996: “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.”

el hecho de que, en virtud de su Ley personal, haya adquirido la mayoría de edad antes de los 18 años.

La norma que mayor número de referencias hace a menores extranjeros es la promulgada por la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor. Así, ya en su Exposición de Motivos termina diciendo: "...y, por fin, con esta Ley, Andalucía se compromete con los menores de otros países". Consagrando además en su artículo 2 ⁽⁸⁾ bajo la rúbrica de la protección de derechos, la no discriminación como derecho del menor, derecho que ha de ser especialmente salvaguardado.

Desde esta perspectiva de no discriminación y desde el cambio producido en las últimas décadas en la conciencia social universal y fundamentalmente en el mundo occidental, en el que España y Andalucía se encuentran integradas, es desde la que parece querer enfocar esta Ley la problemática de los menores extranjeros en situación de riesgo que se encuentran en la Comunidad Autónoma.

Hay que desterrar de una vez por todas la concepción de la atención de las necesidades de los menores como función prácticamente exclusiva de los titulares de la patria potestad o tutela, es decir inmersa en la más pura teoría privatista, con actuaciones públicas muy limitadas y enmarcadas en la idea de la beneficencia ⁽⁹⁾. La ley andaluza, al igual que la LO del menor, dedica un artículo, el artículo 14 ⁽¹⁰⁾, a consagrar de forma clara este cambio de mentalidad.

Por tanto, en cualquier actuación con el menor extranjero, las Comunidades Autónomas habrán de actuar, por mandato legal, reconociendo en el niño/a la capacidad que tienen para decidir y aportar soluciones sobre los problemas que les afectan. En la práctica, el conocimiento y el ejercicio de sus derechos por parte de los menores extranjeros queda sin efectividad real, si las Comunidades Autónomas no cuentan con personal formado para esta tarea, tales como mediadores interculturales que hagan posible la comprensión de sus derechos y deberes por parte de los menores y, asimismo, la comprensión de las autoridades

(8) Art. 2 Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, Andalucía: "...no ha de existir discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, etnia, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social".

(9) Exposición de motivos Ley 1/1998, de 20 de abril, de la Comunidad Autónoma Andaluza.

(10) Artículo 14: "Las Administraciones Públicas de Andalucía garantizarán que el menor que se vea incurso en un procedimiento administrativo que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social sea oído en el mismo en la forma legalmente establecida, sin perjuicio de recabar su consentimiento si fuere necesario..."

des autonómicas del contexto sociocultural en el que se mueve el menor para poder así actuar de modo oportuno.

La Ley andaluza es consciente de que a los menores extranjeros que ya se encuentran en la Comunidad Autónoma les son de muy difícil aplicación muchas de las medidas de prevención y de actuación con la familia del menor, que la Ley andaluza consagra en su capítulo II; por lo que en la disposición adicional octava se señala: “1. *El Consejo de Gobierno incluirá, en sus actuaciones de cooperación al desarrollo, acciones dirigidas al fomento, mejora y respeto de los derechos de la infancia en los Estados destinatarios de las correspondientes ayudas.*

2. La Administración de la Junta de Andalucía en colaboración con la Administración del Estado, *procurará la adecuada atención e integración social de los menores extranjeros que se encuentran en situación de riesgo o desamparo, durante el tiempo que éstos permanezcan en nuestra Comunidad Autónoma, respetando en todo momento su cultura y procurando la Reinserción social en su medio familiar y social siempre que ello sea posible.* A tal fin se promoverá el establecimiento de programas de cooperación y coordinación necesarios con los Estados de origen de los menores.”

La necesaria coordinación entre Administraciones es en el caso de los menores resaltada, no solo de cara a la Administración del Estado, sino también respecto a la propia Comunidad Autónoma ⁽¹¹⁾. Esta coordinación entre las distintas Consejerías, en concreto Asuntos Sociales, Salud y Educación, es pieza clave para poder conseguir la adecuada atención e integración social de estos menores. Regulando en el artículo 21, ⁽¹²⁾ lo que llama el maltrato institucional, que se produce cuando la coordinación entre Administraciones no se produce.

Es preciso que de manera urgente se dé contenido al desarrollo reglamentario de esta Ley, ya que disposiciones de la misma quedan sin operatividad alguna. Así, un elemento fundamental para la adecuada protección de los menores extranjeros en la Comunidad, dadas las especiales características del colectivo, ha de ser la efectiva puesta en práctica del Registro de Tutela y Guardas de

(11) Artículo 3.6: “Las Administraciones Públicas de Andalucía actuarán de forma coordinada en aras a garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de los menores...”

(12) Artículo 21: “Con el fin de prevenir el maltrato institucional, las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que las distintas instituciones con competencia en materia de menores, ya sean éstas públicas o privadas, no reproduzcan situaciones y procesos innecesarios y desfavorables para el menor, específicamente en sectores como instituciones o centros de servicios sociales; salud, educación, Administración de Justicia, medios de comunicación, o cualquier otro de naturaleza análoga.”

Andalucía ⁽¹³⁾. En este punto es imprescindible que el reglamento contemple en la organización y funcionamiento las peculiaridades de estos menores en cuanto a la correcta inscripción de su nacionalidad y demás datos personales, así como la trascendencia que para la documentación del menor va a tener la fecha en que fue puesto a disposición de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma ⁽¹⁴⁾.

III. ANÁLISIS DE LA REALIDAD

En la Comunidad Autónoma andaluza se viene constatando que la llegada de menores, principalmente magrebíes, va aumentando paulatina y sostenidamente ⁽¹⁵⁾. Es importante no perder de vista a la hora de abordar la problemática de estos menores, algunos datos del Marruecos actual: 2/3 de la población tienen menos de 20 años; ratio de crecimiento: 3,47 hijos por mujer (en España

(13) Artículo 25.1: “Se constituirá un Registro de Tutela y Guardas de Andalucía, que será único para toda Andalucía...”

(14) Artículo 13.2 del RD 155/1996, reglamento de la Ley de extranjería: “A instancias del órgano que ejerza la tutela, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Si el menor careciere de documentación y por cualquier causa no pueda ser documentado por las autoridades de ningún país, se le documentará de acuerdo con lo previsto en el art. 63 de este Reglamento.”

(15) Datos de la Dirección General de Atención al Niño de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía. Comparación de nuevos ingresos en centros 1^{er} cuatrimestre 98/1^{er} cuatrimestre 99, de menores extranjeros no acompañados procedentes de terceros países:

	1 ^{er} cuatrimestre 98	1 ^{er} cuatrimestre 99
Almería:	41	55
Cádiz:	11	23
Córdoba:	14	25
Granada:	14	17
Huelva:	3	3
Jaén:	2	18
Málaga:	30	37
Sevilla:	21	55
TOTAL:	136	233

1,2), el 73% de los parados tiene menos de 30 años y 1/3 de la población está por debajo del umbral de la pobreza ⁽¹⁶⁾.

La situación geográfica de España, y muy concretamente de la Comunidad Autónoma andaluza, hace que el perfil del menor extranjero que llega a los servicios sociales sea:

- de nacionalidad marroquí;
- varón;
- ha entrado a España sin la documentación legalmente exigida;
- recién llegado a la península por vez primera o ha vuelto a entrar en España tras haber sido llevado a su país por los servicios sociales de varias Comunidades Autónomas españolas;
- antes de entrar en España ha vivido un tiempo en la calle de una ciudad marroquí esperando el momento de introducirse en algún medio de transporte que lo traiga a España.

Es indiscutible que, por mandato legal, la Comunidad Autónoma ha de tutelar de forma inmediata al menor que se encuentre en su territorio en situación de desamparo. El desamparo es una situación de hecho, tal y como señala el artículo 172 de nuestro Código Civil ⁽¹⁷⁾. Conforme a la Resolución del Consejo

⁽¹⁶⁾ El País Semanal: “Marroquíes: por qué se quieren ir”. Texto: Jesús RODRÍGUEZ.

⁽¹⁷⁾ Artículo 172 del Código Civil: “1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros: se entenderá que el menor se encuentra en desamparo cuando lleguen a territorio nacional sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos ⁽¹⁸⁾. A nuestro entender, por tanto, la llegada de un menor extranjero no acompañado a territorio nacional ha de tener como respuesta única e inmediata por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente la asunción de la tutela por parte de la citada entidad, sin usar por tanto distintas “varas de medir” en función de la nacionalidad de la que el menor manifieste ser originario.

España y muy especialmente Andalucía se encuentran, por su situación geográfica, ante un gran reto, por un lado somos receptores de menores procedentes por primera vez, sobre todo de Marruecos, que carecen de cualquier tipo

La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

4. *Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.*

5. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa.”

Art. 172 redactado por LO 1/1996, 15 enero, de Protección Jurídica del Menor.

(18) Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03). Art 1.º: 1. La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos... 4. La presente Resolución se entiende sin perjuicio de las disposiciones más favorables de Derecho nacional.”

de documentación que acredite su nacionalidad. Por otro lado, somos la puerta de entrada y salida obligatoria para menores que ahora cuentan con 16 o 17 años de edad, que entraron en España hace cinco o seis años y que, en muchas ocasiones, han recorrido ya media Europa, en un triste peregrinar por diversos centros de acogida. Estos menores conocen nuestro idioma, han crecido en nuestra cultura; pero carecen de uno de los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por España: el derecho a ser documentados y ser conocidos y reconocidos con un nombre y un apellido.

La principal carencia en la actuación de las Comunidades Autónomas con los menores extranjeros que se encuentran en desamparo es, sin duda, la tramitación de la documentación personal de estos menores. Es claro que la competencia en esta materia no es de la Administración Autonómica sino de la Administración Central, pero no es menos cierto que el papel de las Comunidades Autónomas es decisivo, ya que por mandato legal las Comunidades Autónomas, a través del organismo competente, han de asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma, por tanto son ellas las que habrán de impulsar todo el procedimiento de documentación.

Nos encontramos ante un dilema difícil de resolver; el adolescente extranjero, fundamentalmente de origen magrebí, viene a nuestro país con el apoyo moral y muchas veces económico de sus padres, con un proyecto migratorio definido, quiere trabajar, obtener la documentación que le permita residir legalmente en España para en un futuro próximo reagruparse con su familia en nuestro país.

Es muy importante no olvidar el entorno de donde proviene el menor, el papel que juega el fenómeno de la emigración en el Marruecos actual. En palabras de la politóloga Mounia Benani-Chraïbi ⁽¹⁹⁾: “la partida es el sueño colectivo, la emigración es para el marroquí la salida, un espacio para la participación social, el triunfo del individuo sobre el sistema”. La psiquiatra Amina Bargach ⁽²⁰⁾ señala que “la búsqueda del éxito es importantísima para el inmigrante. No es una inmigración exclusivamente económica, aunque con esa certeza las sociedades de acogida se lavan la conciencia. Los emigrantes tratan de mejorar su situación, pero sobre todo ganar para la comunidad de origen. Y el que consigue aumentar el status de la familia ha triunfado. Es el héroe. Si fracasa, puede pasar meses sin salir de casa. Se emigra para triunfar y eso es más amplio que un buen sueldo”.

(19) El País Semanal: “Marroquíes: por qué se quieren ir”. Texto: Jesús RODRÍGUEZ.

(20) El País Semanal: “Marroquíes: por qué se quieren ir”. Texto: Jesús RODRÍGUEZ.

La repuesta que se le da a ese adolescente no responde en absoluto a sus intereses, nuestros sistemas de protección no están diseñados para ese tipo de menores. Como estado social y democrático de derecho, nuestras políticas de protección de menores van dirigidas de modo prioritario a la prevención de situaciones que hagan que el menor haya de salir del ámbito familiar para ser tutelado por una entidad pública, para ello es obvio que el entorno familiar del menor ha de encontrarse bajo el ámbito de actuación de la entidad pública correspondiente. Esta premisa no es cierta en el caso de los menores extranjeros que son declarados en desamparo, la familia y el entorno social del menor se encuentra fuera del ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma que lo tutela, por lo que escapa de su competencia el conseguir modificar las condiciones que hicieron al menor abandonar a su familia.

Es momento para recordar nuevamente la Exposición de Motivos de la LO 1/1996 cuando consagra el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos y el derecho a ser oído en los procedimientos que le afectan. Por tanto es a mi entender una actitud hipócrita la que pretende, en muchas ocasiones pese al criterio del adolescente, reagruparlo o repatriarlo aduciendo para ello el derecho del niño a vivir en familia. Ese derecho a vivir en familia ha de ser el objetivo de toda política social en un Estado social y democrático de derecho, por lo que como señala la Ley andaluza del menor en su disposición adicional octava, habrán de establecerse programas de coordinación y cooperación necesarios con los Estados de origen de los menores.

Pero, en lo que atañe a la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores, entendemos que no es admisible que en aras de ese derecho del menor a vivir en familia, se venga manteniendo durante años a estos menores en un verdadero “limbo jurídico”, justificado por la descoordinación entre Administraciones que hacen ilusorias las gestiones para averiguar la situación familiar del menor, la falta de proyectos educativos válidos para la integración de estos menores, la picaresca rápidamente aprendida por estos menores consistente en ocultar su verdadera identidad al sentirse amenazados constantemente con la vuelta a su país, etc.

IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA EN MATERIA DE MENORES

Es imprescindible para poder abordar de modo adecuado la tutela de los menores extranjeros conocer la legislación estatal en materia de extranjería, ya que es la Comunidad Autónoma la que, como queda dicho, habrá de iniciar los trámites para documentar a estos menores. La norma básica en esta materia es

el Real Decreto 155/1996 por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Una vez asumida la tutela, *la Comunidad Autónoma, a través del organismo que corresponda, deberá inexcusablemente y con la mayor celeridad posible iniciar los trámites para proceder a la documentación del menor*, tanto en lo referido a su nacionalidad como a la regularización de su residencia en España:

a) Conforme al artículo 8 de la Convención de Derechos del niño ⁽²¹⁾, se deberá utilizar toda la diligencia posible a fin de que el menor colabore en su correcta identificación, aportando con la mayor celeridad los documentos de su país que acrediten su filiación y nacionalidad.

b) En todo caso, la Comunidad Autónoma instará ante el Grupo Operativo de Extranjeros u Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno correspondiente el otorgamiento de un permiso de residencia ⁽²²⁾, cuyos efectos se retrotraerán al momento en el que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad

(21) Convención de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990: Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño: Art. 8: 1. “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

(22) Es fundamental conocer los tipos de permisos de residencia y las consecuencias que la concesión de uno u otro tipo pueden tener para el menor: RD 155/1996, Reglamento de Extranjería (arts. 49 a 60): Resumen a continuación lo más importante en relación al menor extranjero declarado en desamparo:

a) Permiso de residencia inicial: Para quien vaya a fijar por primera vez su residencia en España, su validez no podrá exceder de un año y podrá ser renovado por un periodo máximo de dos años.

b) Permiso de residencia ordinario: Para los extranjeros que acrediten una residencia legal y de forma continuada en el territorio español durante tres años. Validez: 3 años.

c) Permiso de residencia permanente: Con carácter general para los extranjeros que acrediten haber residido en España durante seis años. En relación a los menores contempla periodos de residencia más cortos para la obtención de dicho permiso el apartado e) de este artículo; así: Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una Entidad Pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores.

Autónoma correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del RD 155/1996 ⁽²³⁾.

No podemos olvidar que la legislación de extranjería vigente en nuestro país, al igual que la del resto de los países de la Unión Europea, pretende regular los flujos migratorios endureciendo las condiciones de entrada y los requisitos para la residencia de los extranjeros en el espacio europeo. Por ello, en la práctica, y a pesar de que nuestra legislación de extranjería es especialmente protectora, como no podía ser de otra forma, con los menores extranjeros, nos encontramos con dificultades para poder conseguir la documentación de estos menores. Haciendo una interpretación literal del art. 63 de nuestro reglamento, todos los menores extranjeros en desamparo serían potenciales candidatos a ser titulares de una cédula de inscripción, al no poseer la documentación del país del que dicen ser nacionales. Es claro que el menor guarda su identidad como el tesoro máspreciado, ya que es consciente de que su identificación va a desencadenar el “viaje de vuelta” a su país de origen. Por nuestra situación geográfica, especialmente en Andalucía, no es difícil averiguar la nacionalidad del menor que llega a nuestras costas. Ahora bien, conforme a nuestra legislación de extranjería, el documento que acredita la nacionalidad es el pasaporte. Cada país exige

(23) Artículo 13 RD 155/1996: “1. Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal.

En ningún caso, estos menores podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento.

a) Si se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

b) En los demás supuestos, los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares. Asimismo, se podrá repatriar al menor cuando los servicios competentes de protección de menores de su país de origen se hiciesen responsables del mismo. En todo caso, las autoridades españolas velarán por que el retorno del menor no pueda suponer peligro para su integridad, o su persecución o la de sus familiares.

2. *A instancias del órgano que ejerza la tutela, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Si el menor careciere de documentación y por cualquier causa no pueda ser documentado por las autoridades de ningún país, se le documentará de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de este Reglamento”.*

unos requisitos a sus nacionales para la obtención del citado documento; las representaciones diplomáticas en nuestro país de algunos países de procedencia de los menores no colaboran en absoluto en la tarea de la documentación de estos menores, y otras están comenzando a colaborar recientemente, sensibles a la magnitud del problema.

En los casos en los que, transcurrido el periodo de primera acogida, sea imposible conseguir la colaboración del menor para obtener los documentos de filiación e identidad necesarios en su país, el organismo competente en cada Comunidad Autónoma deberá dirigirse por escrito al Consulado en España correspondiente requiriendo del mismo la identificación del menor aportando los datos que el menor haya declarado. Si dicho Consulado no responde o lo hace negativamente por la insuficiencia de datos que el menor haya podido o querido facilitar, la Delegación iniciará ante el Grupo Operativo de Extranjeros u Oficina de Extranjeros de su provincia los trámites necesarios para la obtención de una *cédula de inscripción* ⁽²⁴⁾, con base en el segundo inciso del artículo 13.2

(24) Artículo 63 RD 155/1996: “1. En los supuestos de extranjeros indocumentados”, contemplados en el artículo 22 de la LO 7/1985, se procederá de la forma prevista en el presente artículo y en el siguiente.

2. La petición de documentación deberá efectuarse tan pronto como se hubiera producido la indocumentación o la caducidad de la documentación anterior.

3. La petición deberá presentarse, personalmente y por escrito, en la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía o en una Jefatura Superior, Comisaría Provincial o Comisaría local de Policía.

4. En las dependencias policiales en que efectúe su presentación, el interesado exhibirá los documentos de cualquier clase, aunque estuvieren caducados, que pudieran constituir indicios o pruebas de identidad, procedencia, nacionalidad, en su caso, y circunstancias personales, a efectos de que dichas dependencias los reseñen en la información que lleven a cabo, y acreditará que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, si concurre esta circunstancia, por cualquier medio que permita dejar constancia del requerimiento efectuado.

5. A efectos de realización de dicha información, el interesado deberá facilitar las referencias de que disponga y colaborar diligentemente con las dependencias policiales instructoras, para llevar a cabo su comprobación.

6. Una vez realizada la información inicial, siempre que el extranjero no esté incurso en ninguno de los supuestos de prohibición de entrada en España a que se refiere el artículo 39 de este Reglamento o de expulsión del territorio español determinados en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, si desea permanecer en territorio español, se le otorgará por el Gobernador civil de la provincia en que se encuentre un documento de identificación provisional, que le habilitará para permanecer en España durante tres meses, período en el que las Jefaturas Superiores y Comisarías provinciales o locales de Policía han de completar la información sobre sus antecedentes.

del RD 155/1996 por el que se aprueba el Reglamento de la LO 7/1985 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España.

Lo anterior puede parecer a simple vista un mero trámite administrativo sin mayores consecuencias prácticas. Nada más lejos de la realidad: el hecho de que el menor sea titular de una cédula de inscripción o de un permiso de residencia acompañado del pasaporte de su país tiene consecuencias de toda índole. Si el menor es titular de una cédula de inscripción, estaremos diciendo que su país, por cualquier causa, no lo ha podido documentar, la causa más frecuente suele ser que el Consulado correspondiente no ha contestado a la petición de documentación o bien ha contestado diciendo que para proceder a la documentación del menor éste deberá aportar partida de nacimiento original, certificado de antecedentes penales, libro de familia, etc.; documentos todos ellos que, como es obvio, son imposibles de conseguir por las autoridades españolas si el menor no colabora. Por todo ello las posibilidades de contactar con la familia del menor se desvanecen a la vez que el menor acaba percibiendo que el ocultar su identidad, la mayoría de las veces con nombre falso, no tiene consecuencia alguna; todo ello con los evidentes perjuicios en el proyecto educativo del menor.

Entendemos que si el proceso de integración social de estos menores en las distintas Comunidades Autónomas toma el rumbo correcto, una pieza clave será el reconocimiento de la identidad del menor como piedra angular en todo el

7. El Ministro de Justicia e Interior podrá adoptar, en estos supuestos, a propuesta de la Dirección General de la Policía, por razones de seguridad pública, con carácter individual, alguna de las medidas previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985.

8. Completada la información, salvo que el extranjero se encontrara incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión, previo abono de las tasas fiscales que legalmente correspondan, los Gobernadores civiles, en el caso de que aquél desee permanecer en España, dispondrán su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros y *le dotarán de una cédula de inscripción* en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características se determinarán por el Ministerio de Justicia e Interior. La Dirección General de la Policía expedirá certificaciones o informes sobre los extremos que figuren en dicha sección especial para su presentación ante cualquier otra autoridad española.

9. En caso de denegación de la solicitud, una vez notificada ésta formalmente, se procederá a su devolución al país de procedencia o a su expulsión del territorio español, en la forma prevista en la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento.

10. El extranjero al que le haya sido concedida la cédula de inscripción podrá solicitar el correspondiente permiso de residencia, conforme a lo dispuesto en la sección III de este capítulo.

11. La cédula de inscripción perderá vigencia cuando el extranjero sea documentado por algún país o éste adquiera la nacionalidad española u otra distinta.

12. La entidad pública que ejerza la tutela de menores extranjeros indocumentados representará al menor en todas las actuaciones necesarias para su documentación.”

procedimiento. Así, será el propio menor el que, una vez que tenga confianza en el equipo educativo que le trate, contacte con sus familiares en su país al objeto de obtener la documentación necesaria para ser reconocido como nacional de su país.

Entendemos por tanto que no deberán iniciarse los trámites necesarios para la reagrupación familiar o repatriación del menor hasta que no se haya determinado, con garantías, la identidad del menor y su nacionalidad. El dato fundamental para iniciar o no los trámites de reagrupación familiar o la repatriación es, como no podía ser de otro modo, el interés del menor. Por tanto, si su diagnóstico lo aconseja, se iniciará el mencionado expediente, siendo la autoridad competente para solicitar la iniciación del expediente de repatriación la Comunidad Autónoma que ejerza la tutela, mientras que la Administración Central es la obligada a realizar los trámites informativos a los que a continuación nos referimos.

La Administración central dictó una resolución conjunta de los Ministerios del Interior (Dirección General de la Policía y Dirección General de Política Interior) y de Asuntos Exteriores, por la que se dictan instrucciones generales sobre la repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo, de 11 de noviembre de 1998, con el objetivo de clarificar las competencias del Estado en esta materia ⁽²⁵⁾.

(25) La Comisión Interministerial de Extranjería, el Director General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Director General de la Policía y el Director General de Política Interior del Ministerio del Interior, han resuelto dictar las siguientes instrucciones:

Primera: Ámbito de aplicación.

1. Estas Instrucciones serán de aplicación a los menores extranjeros que se encuentren en territorio español en situación de desamparo.
2. En ningún caso podrán ser repatriados los menores solicitantes de asilo en tanto no se resuelva su solicitud.
3. A los efectos del art. 13.1.b) del Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 aprobado mediante RD 155/1996, de 2 de febrero, la situación de desamparo será aquella que establece la legislación civil.
4. Estos menores no podrán ser objeto, en ningún caso, de expulsión del territorio español.
5. Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan dudas sobre la minoría de edad de los jóvenes extranjeros indocumentados en situación de desamparo, o si así se les requiriese por los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, deberán solicitar del médico forense o su sustituto las comprobaciones necesarias para confirmar esa minoría de edad.
6. De esta actuación se dará cuenta al Ministerio Fiscal, bien por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o bien por los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma si la actuación hubiere tenido lugar a requerimiento de éstos.

El procedimiento se iniciará por escrito del organismo correspondiente en cada Comunidad Autónoma que ejerza la tutela del menor a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia correspondiente. En el mencionado escrito se aportará cualquier información que se conozca sobre la familia y domicilio del menor, solicitando a la Administración periférica que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, informar sobre

Segunda: Administración competente para ejercer la tutela del menor en situación de desamparo.

La Administración autonómica y en la Ciudad Autónoma de Ceuta la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, son las competentes para la atención y protección del menor extranjero mientras éste se encuentre en territorio español.

Tercera: Administración competente para la repatriación.

1. La Administración del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero, de acuerdo con el art. 149.1 de la Constitución, que atribuye la competencia exclusiva en materia de extranjería a la Administración del Estado.

2. La Administración del Estado cuando tenga conocimiento, ya sea directamente o a través de los Servicios Competentes de las Comunidades Autónomas, de la presencia de un menor extranjero, actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

3. Las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería o Documentación, se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores, o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Cuarta: Procedimiento.

1. El procedimiento se iniciará cuando la entidad pública que ejerce la tutela lo solicite a la autoridad gubernativa. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para la localización de la familia del menor.

2. La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.

3. Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe peligro, en caso de retorno, para la integridad del menor, o su persecución o la de sus familiares.

4. En el caso de que el menor se encontrare incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

los servicios de protección de menores de su país de origen que pudieran hacerse responsables de ellos.

Una vez comunicada a la Comunidad Autónoma correspondiente el resultado de las gestiones realizadas por la Administración Central, a través de las autoridades consulares, *se procederá a oír* al menor, al igual que al Ministerio fiscal, según se desprende del apartado 6 del art. 3º de su Estatuto Orgánico. El Ministerio Fiscal habrá de velar de forma especial para que el menor pueda ejercer este derecho de forma efectiva, apartado 7º del citado artículo 3º.

Con los informes mencionados y el resultado de las audiencias, se resolverá sobre la revocación o no de la tutela asumida por la Comunidad Autónoma correspondiente, en definitiva se resolverá sobre si procede reagrupar en origen o repatriar al menor. De dicha resolución se dará traslado a la Subdelegación del Gobierno, al Ministerio Fiscal y al Centro de protección. Asimismo se le notificará personalmente al menor, informándole de forma clara y comprensible del contenido de la misma ⁽²⁶⁾.

En cualquier caso la ejecución de esa reagrupación en origen corresponderá a la Administración central, que según el artículo 13.1.b) del RD 155/1996 debe colaborar con los servicios de protección de menores, al igual que debe prestar el auxilio necesario para conocer la situación de la familia en origen o la situación de los sistemas de protección de menores en dichos países. El artículo 13.1 b) del RD 155/1996 claramente manifiesta que “los órganos públicos compe-

Quinta: Competencia.

La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, Delegado del Gobierno en las ciudades de Ceuta y Melilla o por los Subdelegados del Gobierno cuando tuvieren la competencia delegada para ello.

Sexta: Ejecución.

1. Una vez acordada la repatriación por la autoridad gubernativa, será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de las distintas dependencias que funcionalmente dependen de aquella.

2. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos.

3. En el caso de que ninguno de los mencionados en el punto 2 de esta Instrucción se hiciera cargo del coste de la repatriación, éste deberá ser asumido por la Administración del Estado como competente para ejecutar la repatriación.

(26) Esta apuesta por conceder la competencia última para acordar la repatriación a la Comunidad Autónoma no es compartida por la propia Instrucción conjunta de los Ministerios implicados, citada anteriormente. Para ampliar este argumento, el trabajo aún sin publicar “El Fiscal ante la inmigración clandestina. Especial referencia al caso de los menores”, RODRÍGUEZ CANDELA-ARCE JIMÉNEZ.

tentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación...”, lo que parece dejar claro que la competencia para acordar la reagrupación en origen o repatriación corresponde a los servicios de protección de menores, con la obligatoria colaboración, en los términos antes reseñados, de los órganos públicos competentes.

V. CONCLUSIONES

1.^º La LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, viene a consagrar el papel del menor en nuestra sociedad, como sujeto de derechos, otorgando a éste el protagonismo propio que en un Estado social y democrático de derecho posee cualquier persona a la hora de ser escuchado en procesos que le afectan. Así, el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Ahora bien, la propia Ley, en cumplimiento de los distintos Tratados Internacionales que España tiene suscritos en la materia, ve la necesidad de combinar la posibilidad del ejercicio de estos derechos con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen.

2.^º La Ley se aplicará a cualquier menor de edad que se encuentre en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Por tanto, una vez que sea convenientemente determinada la minoría de edad de un menor extranjero y detectada la situación de desamparo en que éste se encuentre, la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre este menor habrá de asumir la forma de protección adecuada, procurando en todo momento la efectiva aplicación de los principios rectores de la acción administrativa que señala el artículo 11 de la LO.

3.^º Una vez asumida la forma de protección más adecuada, la Comunidad Autónoma tiene la ineludible obligación de instar ante la unidad de Policía Nacional encargada de la tramitación en cada provincia la documentación del menor, bien para que sea provisto de permiso de residencia, si su nacionalidad ha quedado suficientemente determinada, bien provisto de cédula de inscripción y posteriormente de permiso de residencia. El incumplimiento de este trámite entendemos que viola frontalmente los preceptos de la Convención Internacional de Derechos del Niño que consagra el derecho de todo menor a gozar de una nacionalidad y una identificación personal.

4.^º La Comunidad Autónoma vendrá obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para que el menor extranjero conozca y comprenda los derechos que le asisten; muy especialmente su derecho a ser oído en el expediente de protección iniciado por los servicios competentes de la Comunidad Autónoma, así como de la posibilidad de la repatriación. Teniendo en cuenta que, conforme al artículo 9.3 de la LO 1/1996, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE ATRIBUYE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA A AMBOS PROGENITORES

Tribunal Constitucional. Sala 2.^a, Auto n.º 274/1998, de 14 de diciembre.

No es procedente suspender la ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial que acuerda la atribución de la guarda y custodia compartida entre los padres, ya que dicha ejecución no causa perjuicios que hagan ilusorio un eventual fallo estimatorio del recurso de amparo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 14 de noviembre de 1995 se dictó sentencia de separación del matrimonio formado por D. Pedro Manuel y D^a Mercedes, atribuyendo la guarda y custodia del hijo menor a la madre al igual que el uso de la vivienda familiar, fijando un régimen de visitas y estableciendo en 30.000 pts. mensuales la cuantía de la pensión alimenticia.
- Con fecha 1 de septiembre de 1997, la sec. 6^a de la Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, dictó sentencia, estimando parcialmente el recurso; declarando compartida por los progenitores la guarda y custodia del menor, que habitará con cada uno de ellos en meses alternos; fija asimismo un régimen de visitas para el progenitor con quien no esté habitando (de viernes a la salida del colegio a domingo a las 20 horas, y los miércoles de 17 a 20 horas); y acuerda, por mitades, las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Fallas. Entiende la Audiencia que dicho fallo no conculca el principio de congruencia, pues se justifica en el interés público y, fundamentalmente, en el del menor.
- D^a Mercedes interpuso recurso de amparo y solicitó por «otrosí» que, según lo preceptuado en el art. 56 LOTC, el Tribunal suspenda la ejecución de la resolución impugnada en lo relativo a la guarda y custodia compartida. El TC no acuerda la suspensión.

COMENTARIO DEL AUTO

La demandante de amparo estima que la sentencia recurrida vulnera, en primer lugar, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruente e inmotivada. En segundo término, considera lesionado su derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2), habida cuenta que la Magistrada designada ponente no formó Sala el día de la vista, que en la sentencia aparece como ponente otro Magistrado, y que tuvo conocimiento de todo ello con posterioridad al dictado de la sentencia. Por último, alega la recurrente una quiebra del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE), porque la Sala juzgadora, en casos precedentes sustancialmente iguales, nunca ha acordado de oficio y sin petición de parte la guarda y custodia compartida del menor.

Hay que precisar que el objeto de la presente resolución no es el fondo del recurso (que será objeto de otra resolución), sino la cuestión incidental planteada por la recurrente de que se suspenda la ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial respecto a la atribución de la guarda y custodia compartida. En apoyo de su súplica aduce que la custodia compartida ocasionaría al menor graves perjuicios de toda índole, especialmente psicológicos, dado que siempre ha convivido con su madre y es de muy corta edad (en el momento presente, cuatro años). En tales circunstancias, estima la actora, denegar la suspensión ocasionaría tales quebrantos que el amparo perdería su finalidad.

Según el art. 56.1 LOTC, la Sala que conozca de un recurso de amparo acordará la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo cuando dicha ejecución, caso de llevarse a cabo, «hubiere de causar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad»; no obstante, el segundo inciso de dicho precepto, consagra un límite a esa posi-

bilidad, pues autoriza a denegar la suspensión si de ella puede seguirse «perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero».

Por lo que respecta a dichos límites, es jurisprudencia constante de este Tribunal que toda suspensión de la ejecución de una sentencia firme supone de por sí una cierta perturbación del interés general consistente en mantener su eficacia (AATC 81/1981, 36/1983, 125/1989, 306/1991, 214/1995, 419/1997, 420/1997, 18/1998, 47/1998, 48/1998, 79/1998, 182/1998 y 186/1998, entre muchos). Razón por la que también hemos sostenido que, en los supuestos ahora examinados, la regla general debe ser la de no acordar la suspensión, a menos que el demandante acredite suficientemente el daño irreparable que se sigue de la ejecución para sus derechos fundamentales, privando al amparo de su finalidad, y ello siempre que la solicitada suspensión no pueda producir las perturbaciones graves ya aludidas. Acorde, pues, con la naturaleza extraordinaria de la jurisdicción de amparo y con los imperativos que derivan de la efectividad de la tutela judicial, la suspensión prevista en la LOTC se configura como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (AATC 249/1989, 143/1992, 284/1995, 50/1996, 219/1996, 326/1996 y 419/1997). Sin que ello signifique, como también ha declarado este Tribunal, que la existencia de un evidente interés en la ejecución de los fallos judiciales firmes (art. 118 CE) pueda ser entendido de un modo tan rígido que siempre resulte inviable la suspensión de su ejecución. En este sentido, la expresada afectación del interés general sólo será relevante si, en atención a las circunstancias del caso, a la naturaleza de la resolución judicial y al contenido del fallo, reviste la suficiente gravedad como para excluir de raíz la concesión de la sus-

pensión (AATC 169/1995, 419/1997 y 182/1998).

La aplicación al caso de la doctrina reseñada lleva a concluir que falta el presupuesto habilitante del otorgamiento de la suspensión, esto es, que los perjuicios derivados de la ejecución frustren la finalidad del amparo. No se aprecia en qué podría resultar ilusoria o ineficaz una eventual sentencia estimatoria de este Tribunal por el hecho de que se lleve a efecto el régimen de medidas acordado por la Sala “a quo”, basta pensar, al respecto, que tales medidas son, por su propia naturaleza, esencialmente modificables, hasta el punto de que los tribunales ordinarios han de alterarlas si tiene lugar una variación sustancial de las circunstancias (art. 91 CC). De ahí que resulte harto difícil conectar la protección de la finalidad de este recurso de amparo, apoyado en los motivos en que se apoya, con mantener o no un determinado régimen de custodia, que podría

ser modificado, si varían las circunstancias, incluso durante la tramitación de este proceso.

En definitiva, como ha dicho el TC en situaciones análogas (AATC 282/1984 y, “mutatis mutandis”, 212/1997), la finalidad del amparo no corre el riesgo de resultar malograda, pues, en el caso más favorable para la recurrente, sólo se producirá una prolongación provisional de los deberes judicialmente impuestos para atender a las necesidades del menor; por el contrario, acceder a la suspensión significaría, en un caso como el presente, resolver en favor de la demandante, aunque sea de forma provisional, un litigio sometido a instancias judiciales —que, acertada o equivocadamente, han ponderado el interés del menor—, sobre el que habrían de pronunciarse de nuevo en el supuesto de que se otorgase el amparo (ATC 192/1992).

II. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONDENA POR IMPAGO DE PENSIONES

Tribunal Constitucional. Sala 1.^a, Sentencia n.º 56/1999, de 12 de abril.

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

Procede declarar la nulidad de la sentencia de la Audiencia que condenaba al denunciado por vía de responsabilidad civil a abonar a la denunciante cierta cantidad cuando no se le dio traslado del escrito de impugnación del recurso en el que ésta solicitaba dicha condena y la misma no se contenía en el fallo de la sentencia del juzgado de lo Penal.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a M^a del Pilar formuló denuncia por impago de pensión contra D. Francisco, dictándose sentencia por el Juzgado de lo penal n.º 21 de Madrid con fecha 17 de octubre de 1997 por la que se condenaba a este último como autor de un delito de abandono de familia, del art. 487 bis del anterior Cód-

go Penal, a las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de 100.000 ptas., con 16 días de arresto sustitutorio en caso de impago, sin hacer ningún pronunciamiento en cuanto a la responsabilidad civil solicitada tanto por el Ministerio Fiscal como por la denunciante.

- Contra esta sentencia D. Francisco interpuso recurso de apelación, argumentando que los hechos declarados probados no podían servir de base a la condena. De dicho recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal, que pidió la confirmación de la misma, y a la representación procesal de M^a del Pilar, la cual impugnó el recurso de apelación pidiendo, por una parte, que se confirmase la Sentencia de instancia y, por otra, que se revocase en el aspecto atinente a la responsabilidad civil, con el objeto de que fuese condenado el apelante al pago de las pensiones impagadas.
- El Juzgado de lo Penal, sin dar traslado a las otras partes de los escritos presentados por las contrarias, elevó los autos a la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 15^a), la cual, sin celebrar vista, dictó a continuación la sentencia de 1 de febrero de 1996, que confirmó la condena impuesta en la instancia al recurrente, ampliándola en el sentido de que deberá abonar en concepto de responsabilidad civil a M^a del Pilar la cantidad de trescientas sesenta mil pesetas.
- D. Francisco interpone recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido la prohibición de reforma peyorativa y ha ocasionado indefensión, al haber impuesto al recurrente una agravación de la condena anterior en lo que se refiere a la responsabilidad civil, sin darle posibilidad de ejercitar su derecho de defensa.
- El Tribunal Constitucional otorga el amparo y anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, acordando retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, a fin de que el recurrente pueda defenderse contradictoriamente frente a la pretensión deducida por la parte contraria en el escrito de impugnación y adhesión a la apelación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de amparo se dirige a la impugnación de dos cuestiones, en primer lugar la infracción de la prohibición de la “reformatio in peius” y por otro por la producción de una situación de indefensión en el trámite de apelación. Analicemos separadamente estas cuestiones.

1. Infracción de la prohibición de la “reformatio in peius”.

Entiende el recurrente de amparo que la sentencia de la Audiencia Provincial ha violado este principio en cuanto que el fallo de la sentencia modificó lo resuelto en la de

instancia al fijar una cantidad en concepto de responsabilidad civil.

Señala el Tribunal Constitucional que la interdicción de la “*reformatio in peius*” no está expresamente enunciada en el art. 24 de la Constitución, pero que representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión (SSTC 54/1985, 84/1985 y 115/1986, entre otras).

a) “*Reformatio in peius*” en el ámbito penal.

En el proceso penal —continúa señalando el TC—, en cuyo seno se ha dictado la Sentencia objeto de la pretensión de amparo, la prohibición de la reforma peyorativa para el recurrente tiene un reconocimiento explícito en la ley, limitado al recurso de casación en el art. 902 LECrim, pero que es sin duda trasladable a la apelación, para preservar el principio acusatorio y para evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, reconocido como resultado de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 de la Constitución (STC 116/1988).

b) “*Reformatio in peius*” en el ámbito de la acción civil.

Respecto de la acción civil derivada del ilícito penal, rige también la imposibilidad de alterar en su perjuicio la posición jurídica del apelante por efecto exclusivo de su recurso, como consecuencia del principio “*tantum devolutum quantum appellatum*”. Esta prohibición resulta constitucionalmente exigible en la medida en que su desconocimiento comporte indefensión o pueda contravenir la necesaria congruencia que en el recurso ha de existir entre la pretensión impugnatoria y el correspondiente fallo de la Sentencia, esto es, cuando la modificación no sea la consecuencia de una petición

deducida ante el órgano judicial, por medio de la adhesión a la apelación de alguna de las partes apeladas, que, al tiempo que incrementa el alcance devolutivo del recurso, permite al inicial recurrente aducir oportunamente las alegaciones que estime necesarias para su defensa, o cuando no resulte de la eventual aplicación de normas de orden público que debe efectuar el Juez, en todo caso, con independencia de que se haya pedido o no por las partes (SSTC 40/1990 y 279/1994).

Así pues, la dimensión constitucional de la prohibición de la “*reformatio in peius*” deriva del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, a través de las garantías implícitas en el régimen de recursos y de la necesaria congruencia de la Sentencia, que impide extender el pronunciamiento en ella contenido más allá de las pretensiones formuladas (STC 242/1988). Este aspecto es ciertamente predicable del pronunciamiento civil contenido en la Sentencia penal, pero, en cualquier caso, el mismo ha de tener en cuenta no sólo la apelación inicial sino también la ulterior modificación introducida por una eventual apelación adhesiva de alguna de las partes recurridas, que incrementa el alcance devolutivo del recurso y amplíe, en consecuencia, los poderes del órgano de apelación (SSTC 242/1988, 40/1990 y 279/1994).

Ahora bien, el tema a decidir es si sólo se había formulado recurso de apelación por D. Francisco o por el contrario, la esposa denunciante, en su escrito de impugnación del recurso se adhirió a la misma. Es decir, si el escrito presentado por la parte apelada es o no, en su sentido propio, una adhesión al recurso de apelación. En dicho escrito, que en su introducción dice pretender “impugnar el recurso de apelación”, introdujo una doble pretensión: la primera, confirmar la sentencia de instancia en lo que a la condena penal se refería; y la segunda, hacer un explícito pronunciamiento estimatorio de la responsabilidad civil del denunciado y recurrente.

El Tribunal Constitucional entendió que esta cuestión pertenecía a la competencia de los órganos judiciales, al implicar una interpretación de normas de legalidad ordinaria y por tanto no se pronunció sobre el mismo. No obstante, aclara que en la fase de apelación y a través de un recurso adhesivo del acusador, el órgano judicial pueda conocer más allá de la pretensión de quien formula la apelación principal al abrirse un debate en el que se pueden sostener otras peticiones que, al proporcionar la oportunidad de defensa, amplía los poderes del órgano de apelación. Tal configuración del contenido y alcance de la adhesión a la apelación, en la redacción actual y aplicable al caso del art. 795.4 LECrim, es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria, por lo que, como dijimos en la STC 162/1997, ha de partirse de la interpretación que, como vehículo procesal apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal, realice la Sala de apelación al admitir con tal carácter el escrito de impugnación adhesión a la apelación de la acusación particular.

Partiendo de lo dicho, señala el TC que no es posible llegar a la conclusión de que el empeoramiento de la situación jurídica del recurrente sea necesariamente una consecuencia de su exclusivo recurso. Una de las partes apeladas formuló una petición parcialmente revocatoria de la sentencia, de acuerdo con lo que había pretendido en primera instancia, que fue acogida en la resolución recaída en apelación, y ello no supone una “reformatio in peius” ni lesión, en esta vertiente, del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE puesto que la nueva resolución da respuesta, en este caso estimatoria, a una pretensión formulada por la parte apelada con carácter adhesivo.

2. Indefensión en el trámite de apelación.

Respecto a este segundo motivo de amparo, sostiene el recurrente que en la trami-

tación del recurso de apelación se le ha causado indefensión, ya que habiendo formulado explícitamente la parte apelada, al impugnar el recurso, la pretensión indemnizatoria denegada por la sentencia de instancia, no se dio traslado de tal pretensión a la parte recurrente que, por ello, no pudo oponerse ni formular alegaciones sobre el particular.

Sobre esta segunda vertiente suscitada en la demanda de amparo, el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de pronunciarse en la STC 162/1997 “la aplicación del principio de contradicción en el proceso penal hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios. Con cita de la anterior STC 53/1987, se decía allí que el principio de contradicción ha de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en la fase del recurso de apelación. Y asimismo dice la expresada STC 162/1997 que en aquellos supuestos en que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación, el órgano judicial “ad quem” amplíe su conocimiento a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación a que haya existido la posibilidad de debate contradictorio sobre las pretensiones autónomas contenidas en la impugnación adhesiva, de manera tal que el apelante principal haya tenido la posibilidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario (SSTC 53/1987, 91/1987 y 242/1988).

En aplicación de tal doctrina, del examen de las actuaciones remitidas por los órganos judiciales se comprueba que el demandante no ha dispuesto de dicha oportunidad, dado que no se le dio traslado del escrito de impugnación-adhesión formalizado por la acusación particular, en el que, además de impugnar los motivos del recurso, reiteraba su petición indemnizatoria por el importe de las pensiones alimenticias dejadas de perci-

bir. Al haberse decidido el recurso sin la celebración de vista oral, tampoco en este trámite pudo el demandante de amparo conocer la pretensión de la otra parte y combatirla eficazmente. No es óbice a tal conclusión la circunstancia de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y concretamente su art. 795.4, no prevea que se dé traslado del escrito de adhesión a la parte apelante: la ne-

cesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), al ser obligado, en todo caso, preservar el principio de defensa en el proceso, según lo dispuesto en el art. 24.1 CE, y conforme a la jurisprudencia constitucional de que se ha hecho cita.

III. DILACIONES INDEBIDAS EN LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE OPOSICIÓN AL AUTO DE MEDIDAS PROVISIONALES.

Tribunal Constitucional. Sala 2.^a, Sentencia n.º 75/1999, de 26 de abril.

Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

No se entiende vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando, a pesar de haber transcurrido más de tres años desde que se presentó el escrito de oposición al auto de medidas hasta que se dictó sentencia en 1ª instancia, el recurrente de amparo no se personó en el recurso de apelación que interpuso contra esta última sentencia.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José María instó demanda de separación matrimonial con solicitud de medidas provisionales que se adoptaron por medio de auto de fecha 1 de junio de 1993. No conforme con su contenido, formuló oposición a las mismas, admitiéndose a trámite por providencia de fecha 30 de julio de 1993, acordándose la formación de la correspondiente pieza separada y el traslado a la parte demandada.
- Al no obtener respuesta alguna por parte del órgano judicial a dicha oposición el recurrente que ya había presentado en el Juzgado el día 6 de septiembre de 1993 escrito en el que denunciaba la existencia de dilaciones indebidas y solicitaba la resolución del incidente por él suscitado, volvió a reiterar dicha petición por escrito registrado en la sede judicial el 24 de abril de 1995.
- Con fecha 1 de septiembre de 1995 recayó sentencia sobre el asunto principal, en la que el Juzgado, con una nueva titular, procedió a ratificar las

medidas provisionales adoptadas por el Auto de 1 de junio de 1993. Dicha Sentencia fue recurrida en apelación el 8 de septiembre de 1995 por D. José María.

- Con fecha 16 de abril de 1996, D. José María presentó recurso de amparo denunciando la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24.2 C.E., incluyendo asimismo una referencia (en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.) al art. 14.3.c) del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y al art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que hacen también alusión al mencionado derecho.
- El 20 de noviembre de 1996 el demandante de amparo presentó ante el Tribunal Constitucional escrito para poner en su conocimiento la reactivación del incidente de oposición al auto de medidas provisionales tras el requerimiento de las actuaciones, dictándose el 27 de septiembre de 1996 providencia acordando el recibimiento a prueba y con fecha 22 de octubre de 1996 la sentencia resolviendo el incidente, aunque eludiendo entrar en las cuestiones de fondo planteadas.
- Contra la sentencia dictada en el incidente de oposición, D. José María interpuso recurso de apelación que fue declarado desierto por la Audiencia Provincial de Madrid por medio de auto de fecha 26 de febrero de 1997. Respecto a la apelación del pleito principal, con fecha 14 de octubre de 1997, se dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José María.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo del recurso de amparo no es otro que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En este caso, habiéndose presentado oposición al auto de medidas provisionales con fecha 30 de julio de 1993, la sentencia se dictó con fecha 22 de octubre de 1996.

La doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Intento del recurrente de exaltar la continuación de la actividad procesal, con invocación formal de su derecho a no padecer dilaciones indebidas en el momento en

el que, conforme a su estimación, éstas se comienzan a producir (por todas, SSTC 51/1985 152/1987, 224/1991, 313/1993, 144/1995), lo que implica lógicamente que no haya concluido definitivamente la fase procesal a la que se atribuyen y que no haya cesado aún la jurisdicción del órgano pretendidamente dilatador.

b) Observancia de un plazo prudencial para que la reactivación instada se lleve a efecto. Ante la dificultad de fijar un “dies a quo” para el cómputo del plazo de interposición del recurso de amparo en un supuesto de omisión, y en coherencia con el objeto directamente útil del mismo, éste debe interponerse antes de que las dilaciones se hayan

agotado, es decir, antes de la finalización del procedimiento al que se imputan (SSTC 51/1985, 128/1989, 224/1991, 205/1994).

Por otro lado, aclara el Tribunal Constitucional que la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se ve contrarrestada por el hecho de que, una vez admitida a trámite la demanda de amparo, haya recaído resolución judicial que ponga fin a los retrasos denunciados. La razón de ello debe buscarse en la autonomía del derecho a las dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.) respecto del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 C.E.), pues la dilación denunciada no se sana por el simple hecho de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución fundada en Derecho. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es un derecho a que se resuelva motivadamente, sino a que se resuelva en un tiempo razonable (SSTC 26/1983, 5/1985, 35/1994 y 180/1996).

Analizando el TC si, en el presente caso, concurren los anteriores requisitos, señala que, desde luego, no cabe duda de que intentó excitar la actividad del Juzgado de Primera Instancia a través de dos escritos en los que expresamente invocaba el derecho constitucional vulnerado: el primero, de fecha 6 de septiembre de 1993, que podríamos considerar un tanto prematuro por cuanto no se habían producido aún las alegaciones de la parte contraria, formuladas justo un mes después; y el segundo de fecha 24 de abril de 1995, presentado cuando había transcurrido ya un plazo de tiempo más que razonable para que el órgano judicial hubiera emitido algún pronunciamiento en relación con el referido incidente.

Tampoco debe discutirse el carácter más que prudencial del plazo de tiempo que transcurrió desde que el demandante de amparo presentó en el Juzgado el segundo de los escritos reseñados hasta que interpuso el presente recurso de amparo: prácticamente un año ya que dicho recurso fue registrado en la sede de este Tribunal el día 16 de abril de 1996 sin que hasta ese momento el órga-

no judicial dictase resolución alguna en el procedimiento.

Ciertamente el 1 de septiembre de 1995 recayó Sentencia en el proceso principal, que confirmó las medidas provisionales decretadas por el Auto de 1 de junio de 1993. Sin embargo no por ello había de entenderse necesariamente que el incidente de oposición a las medidas provisionales hubiera sido desestimado de forma tácita, pues la resolución del mismo aún podía tener sentido a efectos, por ejemplo, de una eventual modificación con carácter retroactivo de las medidas provisionales de contenido puramente económico, como aquellas relativas a las cantidades que debían ser abonadas por el demandante de amparo en concepto de pensión alimenticia en favor de los hijos o de sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Ahora bien, no puede obviarse un hecho de extraordinaria relevancia, acaecido también con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, que ya hemos puesto de manifiesto y que ha de condicionar decisivamente la suerte del mismo: nos estamos refiriendo al Auto de 26 de febrero de 1997 de la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que declara desierto el recurso de apelación interpuesto contra la citada Sentencia de 22 de octubre con su correspondiente declaración de firmeza. En efecto, resulta evidente, como ya hemos indicado, que las dilaciones indebidas, de haber efectivamente existido, habrían de entenderse producidas con independencia de la posterior reanudación del procedimiento tras la utilización de la vía de amparo. Pero no lo es menos, según ha sostenido también este Tribunal, que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque se trate de un derecho perfectamente autónomo (STC 36/1984, 5/1985, 133/1988), mantiene una íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 109/1984, 133/1988, 381/1993, 35/1994, 324/1994), respecto del que posee un indudable carácter instrumental en tanto en cuanto una justicia

tardía supone un serio menoscabo de aquella tutela (STC 81/1989; ATC 91/1994).

En consecuencia, no puede resultar admisible impetrar el amparo por las dilaciones indebidas producidas en un proceso civil concluido por la inactividad del propio demandante de amparo cuando dicho proceso no había perdido su objeto, pues existía aún la posibilidad de obtener a través del mencionado recurso de apelación una Sentencia conforme a sus pretensiones que, lejos de poseer una eficacia meramente declarativa, podía desplegar plenos efectos retroactivos respecto de las medidas provisionales de contenido puramente económico a las que hemos hecho referencia. Renunciando en cambio a la continuación del procedimiento principal, el demandante de amparo concibe objetivamente la declaración de la

vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como el propósito primordial del incidente, con absoluta abstracción de la que sin duda ha de ser la única finalidad legítima del acceso a la jurisdicción: la obtención de una resolución sobre las cuestiones planteadas por parte de los órganos judiciales, motivada y fundada en Derecho, conforme a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del que, como hemos indicado ya, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede constituir más que una garantía. Por todo ello, la pretensión de amparo incurre en una carencia sobrevenida de contenido que, en este momento del procedimiento, ha de conducir derechamente a la desestimación del recurso sin entrar en mayores consideraciones sobre el fondo del mismo.

TRIBUNAL SUPREMO

I. UNIONES DE HECHO

1. *Juzgado competente para el conocimiento de la demanda de menor cuantía interpuesta para regular las relaciones paterno-filiales.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Auto de 17 de noviembre de 1998.

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

A tenor de la regla 1.^a del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para la regulación de las relaciones paterno-filiales tras el cese de convivencia de una pareja de hecho corresponde territorialmente a los Juzgados del domicilio del menor.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a María se promovió en el Juzgado de Primera Instancia n^o 8 de Alicante demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre adopción de medidas paterno-filiales, contra don Victoriano, solicitando que se le atribuyese la guarda y custodia del hijo menor, se estableciese un régimen de visitas adecuado y se fijase la cantidad de 35.000 pts. en concepto de pensión alimenticia.
- Teniéndose a doña María por comparecida y parte, se acordó remitir los autos al Ministerio Fiscal para que informase respecto de la competencia territorial del Juzgado, trámite que fue evacuado por el Sr. Fiscal en el sentido de que tratándose de un juicio de menor cuantía no está previsto que el Juez pueda examinar de oficio su competencia territorial, por lo que debe seguir adelante el pleito, ya que cabe que el demandado se someta tácitamente al fuero elegido por la actora.

- Librado exhorto a Valladolid para el emplazamiento del demandado y una vez devuelto debidamente cumplimentado, el Fiscal de Alicante interpuso ante el Juez nº 8 de dicha capital cuestión de competencia por declinatoria al entender que no era aplicable el fuero del domicilio familiar al no tratarse de un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial, sino de uno de menor cuantía en el que se ejercita una acción personal, por lo que, según la regla 1ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil corresponde la competencia territorial al domicilio del demandado, que reside en Valladolid.
- El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Alicante, por auto de 23 de febrero de 1998, estimó la cuestión de competencia por declinatoria propuesta por el Ministerio Fiscal y declinó el conocimiento de los autos en favor de los Juzgados de Valladolid, con remisión de ellos al Decano de esa capital para su reparto, correspondiendo el conocimiento de las actuaciones al de Primera Instancia nº 3, el que confirió traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre la competencia, que quedó evacuado en el sentido de rechazarse la misma puesto que la cuestión no versa sobre un derecho de crédito o personal sino sobre el ejercicio de la patria potestad, razón por la que la competencia corresponde al domicilio del menor, y en éstos términos se pronunció el citado Juzgado de Valladolid, en auto de 29 de abril siguiente, en el que se declaró incompetente territorialmente y dispuso remitir los autos a esta Sala, con emplazamiento del Ministerio Fiscal por si le conviniera comparecer ante la misma para usar de su derecho.
- Recibidas las actuaciones en la Sala se acordó pasarlas al Ministerio Fiscal para dictamen, el cual fue emitido en el sentido de que si se parte del hecho de que el menor vive con su madre en Alicante (lugar en el que se presentó la demanda), no cabe duda de que a tenor de la regla 1ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 156, 159 y concordantes del Código Civil, corresponde la competencia territorial al Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Alicante.

COMENTARIO DEL AUTO

Teniendo en cuenta las disposiciones reguladoras del Código Civil sobre las relaciones paterno-filiales y las fundamentaciones fáctica y jurídica y el suplico de la demanda interpuesta por doña María frente a don Victoriano, como señala el Tribunal Supremo, resulta indudable que la adopción de las medidas que solicitaba respecto al hijo no matrimonial de ambos, afectaba al ejerci-

cio de la patria potestad y representaba el ejercicio de una acción personal, y de aquí, que, a tenor de la regla 1ª comprendida en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para el conocimiento de las cuestiones litigiosas correspondía territorialmente a los Juzgados del domicilio del menor, lo que determina, de acuerdo, asimismo, con los dictámenes de los Sres. Fis-

cales de Valladolid y de la Sala, resolver la cuestión de competencia planteada en favor del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Alicante, al que, consecuentemente, procederá hacer remisión de los autos a los efec-

tos oportunos, decisión la así adoptada que se pondrá en conocimiento del de igual clase nº 3 de Valladolid, y ello, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

2. *No existencia de derecho a la pensión de viudedad en las uniones de hecho.*

Tribunal Supremo. Sala 4.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

No procede conceder pensión de viudedad al conviviente de hecho aunque se hubiere intentado celebrar el matrimonio “in articulo mortis”, no pudiendo efectuarse por perder la consciencia el contrayente.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Maravillas mantenía con don Francisco una relación de pareja de hecho desde hacía trece años. El día 7 de febrero de 1996 ambos convivientes instaron la incoación del expediente para contraer matrimonio civil ante el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Mataró. En esa misma fecha se emitió informe favorable por el Ministerio Fiscal, y se dictó auto aprobando la celebración del mismo, auto que por ministerio de la Ley devino firme el día 24 de febrero del mismo año, fecha en la que se notificó la anterior resolución a los promotores. El estado civil de ambos era de divorciados.
- El día 18 de marzo de 1996 D. Francisco fue hospitalizado con carácter urgente en el Consorcio Sanitario de Mataró, afecto de un dolor en costado derecho. El 21 de marzo de 1996 D^a Maravillas interesó del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Mataró la celebración urgente del matrimonio civil, por hallarse D. Francisco con graves problemas de salud. El mismo día se constituyó la Comisión Judicial en el citado centro sanitario, y por el médico forense se emitió informe en el que se concluía que dada la pérdida de conciencia de don Francisco éste no podía prestar el consentimiento. Por resolución dictada el mismo día, la Juez encargada del Registro Civil acordó no acceder a la petición de celebración del matrimonio “in articulo mortis”. D. Francisco falleció en el mismo centro el día 30 de marzo del presente año.
- D^a Maravillas solicitó, el día 10 de abril de 1996, del Instituto Nacional de la Seguridad Social la pensión de viudedad por el fallecimiento de don

Francisco cuyo óbito se produjo el 30 de marzo de 1996, siendo denegada dicha pensión por resolución de 30 de abril de 1996 por no reunir la demandante el requisito del vínculo matrimonial con el causante, interponiendo contra la misma reclamación previa que fue desestimada de forma expresa el 28 de junio de 1996.

- Con fecha 31 de diciembre de 1996 el Juzgado de lo Social núm. 20 de los de Barcelona dictó Sentencia declarando el derecho a pensión de viudedad de D^a Maravillas en cuantía equivalente al 45% de la base reguladora de 140.897 pesetas y efectos desde el 31 de marzo de 1996.
- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con sede en Barcelona, que dictó sentencia el 7 de noviembre de 1997 desestimando el recurso y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.
- El Instituto Nacional de la Seguridad Social interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia recurrida reconoce a la actora la pensión de viudedad solicitada por la muerte D. Francisco con quien convivía desde el año 1983, de modo análogo al matrimonial y con el que no pudo contraer matrimonio, a pesar de instruirse el expediente, por el fallecimiento del mismo.

Para una solución clara de la cuestión propuesta en el recurso, el Tribunal Supremo distingue dos aspectos:

a) Posible asimilación de las parejas de hecho al matrimonio.

Es claro y la sentencia recurrida lo recuerda que a efectos de causar la pensión de viudedad no es asimilable la convivencia “more uxorio” y el matrimonio, así lo ha declarado la Sala en sus Sentencias de 20 de mayo y 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993, en las que se interpreta en sus propios términos tanto el artículo 160 —hoy 174— de la Ley de Seguridad Social como la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Pues el primero sólo concede derecho a la viudedad al “cónyuge supérstite” y

la segunda sólo concede la pensión de viudedad al conviviente que no pudo contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación vigente hasta la Ley 30/1981 y que el fallecimiento se produzca con anterioridad a la misma Ley. A la doctrina de la Sala es de añadir que el Tribunal Constitucional siempre ha entendido que los artículos 160 de la antigua Ley y 174 de la vigente en cuanto exige la celebración del matrimonio para causar la pensión de viudedad no atentan a la Constitución (Sentencias de 1 de julio de 1987 y 14 de febrero de 1991 entre otras). Basta pues lo dicho y remitirse a los más detenidos razonamientos de la Sala en la citada Sentencia de 29 de junio de 1992 para concluir que el artículo 174 de la Ley de Seguridad Social no autoriza a otorgar la pensión de viudedad a quien no está ligada matrimonialmente con el causante y que lo dispuesto en la disposición adicional 10^a.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no alcanza a quienes convivieran con posterioridad a la nueva Ley.

- b) **¿Puede darse por celebrado un matrimonio cuando hubo ocasión de contraerlo precedentemente, si al tiempo de fallecer uno de los convivientes hay indicios claros y evidentes de que existía voluntad de celebrarlo?**

La segunda cuestión que ofrece el recurso de si el propósito de contraer matrimonio puede valorarse como la existencia del mismo ha de decidirse también en sentido negativo. La sentencia recurrida acude al artículo 3 y 53 del Código Civil. El primero referente como es sabido a la aplicación e interpretación de las normas y el segundo regulador de la validez del matrimonio a pesar de la incompetencia o nombramiento ilegítimo del Juez o funcionario que lo autorice, siempre que haya buena fe de uno de los contrayentes y el funcionario autorizante ejerciera públicamente sus funciones. Ninguno de estos preceptos es concluyente a efectos de trocar el consentimiento prestado en forma por el propósito matrimonial por muy evi-

dente que sea este. Es sabido que aunque el matrimonio es consensual, la forma del consentimiento es esencial al mismo, ya que la existencia de que este consentimiento conste de modo indubitado y público lo requiere la trascendencia que el matrimonio tiene para los contrayentes, su posible descendencia y para toda la sociedad. Por ello se dan facilidades para que la forma del consentimiento sea cumplida, permitiendo la forma religiosa o a la civil y dentro de esta son varios los funcionarios que pueden autorizarlo — artículo 51— se omite la formación de expediente previo en el supuesto de matrimonio “in articulo mortis” y se amplían las personas que pueden autorizarlo —artículo 52— pero siempre es necesario que los mínimos formales sean cumplidos como lo evidencian los artículos 49, 51, 54, 57, 58, 59, y 61 del Código Civil y por ello es claro que la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal que constituye la médula esencial de la institución.

II. FILIACIÓN

1. *Práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 19 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

Si ambas partes comparecieron y consensuaron la designación de un perito es indiferente que en el auto de admisión de la prueba no se especifique si la prueba debería practicarse por uno o tres peritos. La dilación en la práctica de la prueba no supone una verdadera transgresión de los preceptos procesales. Si la fecha de práctica de la extracción de sangre se notificó a los procuradores de las partes, debe tenerse como válidamente practicada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Mercedes interpuso contra D. Jesús María demanda de menor cuantía sobre reclamación de filiación no matrimonial, solicitando además de la

inscripción en el Registro Civil y el cambio de apellidos, la fijación de una pensión alimenticia en cuantía de 50.000 pts. mensuales.

- Con fecha 8 de noviembre de 1993, el juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria dictó sentencia estimando la demanda y declarando la paternidad del demandado respecto del menor Héctor y señalando la cuantía de 40.000 pts. mensuales en concepto de pensión alimenticia.
- La Sección 1ª de la AP de Vitoria, en grado de apelación, dictó sentencia el 24 de diciembre de 1993, desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- D. Jesús María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Declarada la paternidad del demandado, éste intenta desvirtuar dicho pronunciamiento en base a tres motivos.

a) Defecto en la designación del perito para practicar la prueba biológica.

El auto que admitía la práctica de la prueba biológica, en su parte dispositiva determinó: “Se admite y declara pertinente la prueba pericial, propuesta por esta parte actora la que se practicará por un Perito/s del Departamento de Biología Celular e Histología de la Facultad de Medicina y Odontología de la Universidad del País Vasco, y versará sobre los extremos propuestos”.

Entiende el recurrente que la designación del perito por el juzgador, en el auto de admisión de prueba, le impidió poder intervenir en la designación del mismo, dejando sin contenido dicho acto y las normas procesales que regulan la intervención de las partes en la proposición y práctica de la prueba pericial, lo que limitó los derechos que asistían a la parte no proponente de la prueba, le produjo una indefensión y supuso la violación de principios procesales de orden público (igualdad de las partes). Por otro lado, en la proposición de la prueba, ni se indicaba si debían ser uno o tres los peritos, ni se deter-

minaba, con la suficiente claridad, la prueba o pruebas a practicar.

Señala el Tribunal Supremo que *semejantes quejas, a la vista de las actuaciones practicadas, carecen de fundamento, en cuanto que:* a) *El Auto de 29 de abril de 1993 designó suficientemente el objeto de la pericia al disponer que “versará sobre los extremos propuestos”, los cuales, sin duda alguna, fueron los contenidos en el escrito de proposición de prueba de la contraparte, la actora, o sea, en la extracción de muestras sanguíneas de las partes y del propio menor para evacuar informe comprensivo y análisis estadístico sobre las probabilidades de paternidad, según la escala de Hummel o cualquier otra de fiabilidad similar, del demandado respecto al menor Héctor.* b) *En el indicado auto se acordó convocar a las partes a comparecencia para la designación de peritos, señalando al efecto la fecha del 24 de mayo siguiente, y c) La referida comparecencia se celebró en la fecha expresada, con asistencia de los Procuradores de las partes actora y demandada y del Letrado de esta segunda, quienes, de común acuerdo, designaron Perito al Titular del Departamento de Biología Celular de la UPV, doña Marian. Los apartados acabados de exponer, ponen de relieve que el juz-*

gador de instancia no vulneró las normas procesales cuestionadas, y el único reparo que cabría hacerle sería que en el Auto de 29 de abril no especificó si habrían de ser uno o tres los Peritos pertenecientes al Departamento de Biología Celular e Histología de la Facultad de Medicina y Odontología de la Universidad del País Vasco, reparo que ha de reputarse irrelevante en razón al resultado de la comparecencia de 24 de mayo, en la que las partes nombraron un único perito.

b) Dilación en la práctica de la prueba biológica.

Por providencia de 27 de abril de 1993 se abre el período de práctica probatoria por término de 20 días, dos días después, 29 de abril, se dicta Auto de admisión de la prueba pericial, convocándose a comparecencia a las partes para el 24 de mayo, un día antes de finalización del período de prueba. Mediante providencia de fecha 10 de junio se amplía el plazo de la prueba pericial hasta el 7 de noviembre de 1993. Pese a lo acordado en la precitada providencia, el 10 de septiembre se pone fin al plazo extraordinario al acordarse se unan las pruebas practicadas, poniéndolas de manifiesto a las partes a los fines del artículo 701. Alega el recurrente que todas estas resoluciones se adoptan sin darle traslado alguno y sin motivación bastante.

En relación con este motivo, señala el Tribunal Supremo que *es cierto que la ampliación del plazo probatorio no fue precedida por ninguna petición de los litigantes, pero no es posible mantener que la misma careciera de motivación al ser consecuencia de una comunicación remitida por la Perito nombrada en la que sugería que la extracción de sangre podría practicarse el día 7 de septiembre.*

A lo sumo, los únicos defectos procesales que cabría imputar al juzgador de instancia serían los atinentes a que la ampliación del plazo para la práctica de la prueba pericial se acordó sin mediar petición de parte, si

bien, la ampliación fue debida a las circunstancias concurrentes, y a que tanto la fijación de un plazo superior como su puesta a fin, no fueron explicadas o razonadas en las resoluciones correspondientes; sin embargo, semejantes omisiones carecen de la suficiente entidad en orden a poder calificarlas de verdaderas transgresiones de los preceptos reseñados en el motivo, pero es que, además, no cabe olvidar que no concurrió la exigencia imperativa de que habla el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desarrollando lo establecido en el ordinal 3.º del artículo 1692, o sea, una situación de indefensión para la parte, y de aquí, que, sin necesidad de mayores reflexiones, proceda entender inviable el segundo motivo del recurso.

c) Falta de citación personal para la práctica de la prueba biológica.

Alega el recurrente que tanto el Juzgado de Instancia como la Sala en fase de apelación parten de la siguiente premisa: el demandado se ha negado a someterse a la prueba pericial biológica, pese a ser citado. Según el recurrente, debe rechazarse la afirmación de haberse citado al demandado, pues el único traslado judicial es el efectuado a través de la tan citada providencia de 10 de junio de 1993; providencia que fue notificada, exclusivamente, a los representantes de las partes, y no fue notificada, en ningún momento, a las propias partes. Igualmente tampoco se procedió a notificar personalmente la carta en la que el Departamento de la Facultad de Medicina fijó una fecha. Partiendo de lo anterior, entiende el recurrente que al no poderse equiparar ni el no sometimiento ni la negativa injustificada a una “ficta confessio” (Sentencias de 14 de octubre de 1985; 27 de junio de 1987; 12 de noviembre de 1987, etc.) concluye que ni tan siquiera puede ser considerada como prueba indirecta o presuntiva.

Además de que en este motivo se pretende analizar determinados elementos probatorios con el propósito de desvirtuar la valoración efectuada por el Juzgado y la Sala

de Instancia, lo que resulta inadmisibile en casación, señala el Tribunal Supremo que es de tener en cuenta que la providencia de 10 de junio de 1993 —referida a comunicar a las partes la fecha que debían presentarse para la práctica de la prueba pericial y a ampliar el plazo de práctica de la misma— fue notificada a los Procuradores de las partes, mecanismo procesal que bastaba en punto al conocimiento de las partes interesadas, y tener en cuenta, asimismo, lo afir-

mado en el segundo fundamento de derecho de la sentencia de instancia: “...habiéndose acreditado en autos, la negativa del señor E. a someterse a la misma, ya que el propio Departamento de la citada Universidad, ha informado a este Juzgado que don Jesús María fue citado por dos veces, para la práctica de la misma habiéndose negado a comparecer en el departamento del Servicio de Diagnóstico de la Paternidad Biológica del País Vasco”.

2. Prueba biológica practicada de forma privada entre las partes.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 4 de septiembre de 1998.

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

Procede dar validez en el trámite de casación a la prueba biológica practicada extraprocesalmente por las partes, toda vez que el resultado positivo de la misma despeja las dudas de paternidad que asaltaron al demandante y que le indujeron a plantear el pleito.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Rafael interpuso contra D^a Mónica demanda de menor cuantía sobre impugnación de la paternidad de dos hijas matrimoniales.
- Con fecha 26 de mayo de 1995, el juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Granada dictó sentencia desestimando la demanda presentada.
- En grado de apelación, la Sección 4^a de la AP de Granada dictó sentencia revocando la de instancia y declarando que las menores Mónica y María no han sido procreadas por quien figura como su padre en el Registro Civil.
- D^a Mónica interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción del derecho a la defensa y

tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Dicha indefensión entiende que se le ha causado por la práctica

incorrecta de los actos de comunicación, pues el Tribunal de Instancia admitió la prueba biológica y habiéndose señalado la fecha del 31 de octubre de 1995, a las diez horas, para llevar a cabo la referida prueba científica, no se notificó ni se citó en forma y menos personalmente a la recurrente ni a sus hijas, por lo que no pudo realizarse la misma.

Como señala el Tribunal Supremo, *el motivo debía de prosperar en relación al quebrantamiento formal que acusa, pero han de tenerse en cuenta y se impone, en decidida posición judicial de resolver la contienda, procurar justicia efectiva y evitar dilaciones injustificadas, las incidencias que han surgido durante la tramitación de este recurso y no son otras que los litigantes, en forma extraprocesal, llevaron a cabo la prueba de referencia, que aportaron a la casación y la que dio como resultado la probabilidad de paternidad del demandante, en 99,996%, lo que equivale a paternidad prácticamente*

probada y que ha sido aceptada íntegramente por las partes, con todas sus consecuencias, derechos y deberes para ambos progenitores.

Ante esta situación fáctica el Tribunal Supremo la asume, toda vez que el resultado positivo de la prueba biológica despeja las dudas de paternidad que asaltaron al demandante y lo motivaron a plantear el pleito. No se da, por tanto, situación efectiva de indefensión que llevaría consigo la nulidad de las actuaciones practicadas incorrectamente en la segunda instancia, pues serían actuaciones desprovistas ya de utilidad probatoria, contrarias a la efectividad del proceso y sólo generadoras de retraso, por lo que, como bien apunta el Ministerio Fiscal, ha de resolverse el fondo, anular la sentencia recurrida y decretar la probada paternidad matrimonial de D. Rafael respecto a las hijas María y Mónica, habidas de su matrimonio con la recurrente D^a Mónica, con los efectos que la Ley otorga e impone.

3. *Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad por falta de pruebas.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 26 de septiembre de 1998.

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

A pesar de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, procede desestimar la demanda, cuando no hay datos fácticos suficientes para declarar por vía de presunciones que el demandado es el padre biológico del menor.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Ana interpuso demanda de menor cuantía contra D. Miguel solicitando que se dictase sentencia declarando la paternidad del demandado respecto de su hijo menor Manuel.

- El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Algeciras dictó sentencia con fecha 4 de junio de 1991 estimando la demanda y declarando la paternidad extra-matrimonial del demandado.
- En grado de apelación, la Sec. 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia con fecha 2 de noviembre de 1993, estimando el recurso interpuesto por el demandado y revocando la sentencia desestimó íntegramente la demanda presentada.
- Dª Ana interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La madre del menor, recurrente en casación, alega la infracción del art. 135 del CC ya que a su entender el Tribunal de Instancia no ha valorado todas las pruebas practicadas, pues únicamente tuvo en cuenta la testifical, y que a pesar de que en ella se acredita la certeza de las relaciones existentes entre la recurrente, su hijo y el demandado, se desestimó la demanda.

Señala el Tribunal Supremo que *el referido artículo 135, que hay que relacionar con el 127, presenta un notorio carácter procesal, ya que autoriza a aportar medios probatorios adecuados, al poner a disposición de los juzgadores con plena libertad cuantas pruebas legales procedan (Sentencia de 18 de febrero de 1992), a fin de que con base a las mismas puedan decidir sobre la filiación que se reclama. El precepto establece dos clases de pruebas, las directas, entre las que cabe incluir, si se presenta contundente, la heredobiológica, y las indirectas o presuntivas respecto a haber mediado relaciones sexuales entre los litigantes determinantes de la generación (SS. de 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, 16 de junio y 28 de julio de 1995, 7 de octubre de 1995 y 4 de julio de 1996).*

La recurrente lo que trata es de imponer la sentencia del Juzgado que estimó sus pretensiones, para llevar a cabo valoración propia e interesada de la prueba practicada, lo que no cabe admitir y así critica la testifical,

que la sentencia analiza con toda atención y detalle, para llegar a la conclusión que, aparte de no concurrir posesión de estado, no se ha acreditado convivencia alguna entre los litigantes al tiempo de la concepción, dándose ausencia probatoria no sólo determinante, sino indiciaria, de haber mantenido relaciones sexuales, lo que conforma hechos probados firmes. La referida prueba testifical, suministrada por parientes próximos (padres, hermanos y otros) resulta vaga, indecisa y carece de las elementales condiciones para poder ser tenidas en cuenta, pues no resultó contundente y precisa, con aportaciones de datos y circunstancias especificadas en el tiempo y espacio, para que se alcance conclusión decisoria de que se produjo efectiva cohabitación. El Tribunal de Instancia llegó a la conclusión, del examen de los testimonios de los testigos que declararon, que lo máximo que cabía deducir era que el recurrido conocía a la actora y a su hijo, “pero en ningún caso arrojan luz sobre la posible cohabitación de ambos en las fechas críticas correspondientes a la concepción, pues en ambos casos se hace referencia a momentos posteriores al nacimiento del niño”. Ante tal conclusión terminante del resultado valorativo de los juzgadores de instancia, no hay datos fácticos suficientes para alcanzar por la vía de las presunciones, la decisión que pretende la recurrente de que

se imponga al demandado la paternidad que reclama.

Por otro lado, señala el Tribunal Supremo que *el hecho de que el demandado se hubiese negado a la práctica de la prueba de análisis de sangre, que la sentencia en recurso no justifica, pese a que acreditó padecer enfermedad diagnosticada como psicosis paranoide (con tentativa de suicidio acreditada) no impide llegar a la conclusión desestimatoria de la Audiencia provincial. Tal negativa, si bien cabe ser tenida en cuenta como prologal o un primer indicio de la paternidad cuestionada, no basta por sí sola para que proceda la estimación de la demanda, ya que tiene declarado esta Sala de Casación Civil, conformando doctrina jurisprudencial unánime y compacta, que la negativa no ocasiona “ficta confessio” y supondría una efectiva sanción tal conducta.*

En el ámbito indiciario sí puede servir de apoyo a la presunción positiva de haber ocurrido el acto generativo, si se hubieran dado otras pruebas a medio de las cuales los juzgadores estuvieran en condiciones de poder alcanzar conclusión de haber tenido lugar cohabitación necesaria para engendrar el niño que parió la recurrente (SS. de 25 de abril de 1991, 21 de octubre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 22 de marzo de 1996 y 24 de junio de 1996). Resulta contundente y definitivo que en este supuesto no concurren pruebas suficientes y convincentes de la existencia de relaciones sexuales y, como dicen las Sentencias de 26 de febrero de 1993 y 18 de julio de 1996, no se puede dar valor ni eficacia a la negativa a someterse a la práctica de prueba biológica si se declara probado la inexistencia de dichas relaciones.

4. Práctica de la prueba biológica.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xabier O’Callaghan Muñoz.

No se vulnera la normativa procesal en la designación de peritos, ya que el art. 631 de la LEC permite la realización del dictamen pericial por la Academia, Colegio o Corporación oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el mismo exija operaciones o conocimientos científicos especiales. La circunstancia de que la extracción de sangre se realice en un lugar y la práctica de la prueba en otro no implica irregularidad procesal alguna.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Antonia interpuso demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de paternidad contra D. Felipe, solicitando que se dictase sentencia declarando que el menor Romen es hijo no matrimonial del demandado, efectuándose las correspondientes rectificaciones registrales y fijándose

una pensión alimenticia de 80.000 pts. mensuales, actualizables anualmente conforme al IPC.

- Con fecha 31 de julio de 1992, el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia estimando la demanda y declarando la paternidad, aunque fijando únicamente 40.000 pts. en concepto de pensión alimenticia.
- En grado de apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Gran Canaria dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 1994, confirmando la sentencia de instancia, si bien señalando que la cuantificación económica se determinaría en ejecución de sentencia.
- D. Felipe interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose practicado la prueba biológica, el recurrente entiende infringida la normativa procesal aplicable a la prueba pericial, ya que no se insaculó el nombre del perito y por otro lado no se discutió si deberían ser uno o tres los peritos. A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que el recurrente olvida la aplicación del art. 631 que permite el dictamen pericial a la Academia, Colegio o Corporación oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales. Y éste es el caso de la prueba biológica de paternidad en que las operaciones no están al alcance de peritos individuales, sino de corporaciones públicas, como dicho Instituto o Facultades de Medicina, y ésta es la realidad de los casos que han llegado a esta Sala.

Por otro lado, censura el recurrente que la extracción de sangre se practicara en un lugar y la práctica de la prueba en otro —el Instituto Nacional de Toxicología—. El Tribunal Supremo entiende que *ello no implica irregularidad procesal alguna. Además de no apreciarse infracción de la normativa procesal sobre la prueba pericial, tampoco se cumple el requisito esencial de haberse producido indefensión. La sentencia de ins-*

tancia declara como hechos acreditados: “el demandado estuvo conforme en que la aludida extracción se efectuase en esta Capital”, “se efectuó con estricta sujeción a las normas que al respecto dio el referido Instituto Nacional”, “bajo la fe además del oficial habilitado como Secretario”, “con el control facultativo del médico forense”, “presencia de los respectivos letrados”; concluye que no ha habido indefensión, criterio que es compartido por esta Sala.

Por último, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la valoración de la prueba biológica: *habiéndose ejercitado la llamada acción de investigación de la paternidad, que dicho con mayor precisión es la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, las sentencias de instancia fueron estimatorias declarando la paternidad del demandado basándose esencialmente en la valoración de la prueba biológica practicada por el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla, que prevé el artículo 127 del Código civil y que es la genuina prueba directa de la paternidad, con una fiabilidad tan absoluta que, valorada correctamente conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es básica para declarar la paternidad: así, sentencias de 5*

de abril de 1990, 2 de enero de 1991, 20 de mayo de 1991, 20 de diciembre de 1991, 18 de febrero de 1992, 4 de junio de 1992, 17 de junio de 1992, 24 de noviembre de 1992, 10 de noviembre de 1993, 8 de mayo de 1995, 29 de noviembre de 1995, 8 de marzo de 1996, 26 de septiembre de 1997; esta última dice literalmente reproduciendo un párrafo de la anterior de 20 de mayo de 1991: “la probanza biológica de la paternidad, que autoriza el artículo 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atri-

buírsele valor de casi total aproximación a la verdad, sobre todo, cuando sucede, como en la presente controversia, que dicho informe pericial ha sido emitido por un órgano técnico oficial, dotado de medio y eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia, art. 5º 4 del Real Decreto de 11 de enero de 1991, por el que se determina la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, y artículo 505 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

5. *Reclamación de paternidad. Exigencia del art. 127 del CC de acompañar a la demanda un principio de prueba.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 1998.

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

De la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil (acompañar con la demanda “un principio de prueba”), ha de hacerse una interpretación “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 de la Constitución.

ANÁLISIS DEL CASO

- Dª Concepción formuló demanda de menor cuantía contra D. Roberto sobre reconocimiento de paternidad no matrimonial, solicitando que se dictase sentencia declarando que la menor Lara es hija no matrimonial del demandado, las correspondientes rectificaciones registrales y la fijación de 50.000 pts. en concepto de pensión alimenticia.

- El juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Bilbao, con fecha 31 de marzo de 1993, dictó sentencia desestimando la demanda.
- Apelada la sentencia por la parte actora, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia el 16 de febrero de 1994 estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia, declarando la paternidad del demandado respecto a la menor Lara, dejando para ejecución de sentencia la fijación de la pensión alimenticia.
- D. Roberto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Analicemos de forma separada los motivos que ha alegado el recurrente para que se estime su recurso.

a) No aportación de principio de prueba con la presentación de la demanda.

Sostiene el recurrente que la actora no acompañó con la demanda ningún principio de prueba de los hechos en que se fundaba, lo que supone una infracción de lo establecido en el art. 127.2 del CC. Señala el Tribunal Supremo que *es uniforme y consolidada la doctrina de esta Sala (Sentencias de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de mayo de 1994 y 3 de septiembre de 1996, entre otras) la de que, respecto de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil (acompañar con la demanda “un principio de prueba”), ha de hacerse una interpretación “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 de la Constitución. En el presente supuesto, la seriedad y razonabilidad de la demanda formulada por Dª Concepción no sólo quedó constatada con el ofrecimiento de prueba que hizo en su referida demanda, sino que posteriormente ha sido corroborada con la estimación de la misma, que ha hecho la sentencia aquí recurrida.

b) Valoración de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.

Entiende el demandado que la sentencia recurrida ha basado exclusivamente su pronunciamiento estimatorio de la demanda en la prueba de presunciones derivada de su negativa a someterse a la prueba biológica. Sin embargo, dicho motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, ya que *la sentencia recurrida no declara la litigiosa paternidad del demandado con base en la prueba de presunciones, como equivocadamente aquí parece afirmar el recurrente (al citar como único precepto supuestamente infringido el artículo 1253 del Código Civil), sino con apoyo en el hecho que, tras la valoración de las pruebas directas practicadas en el proceso, declara probado (y aquí ha de ser mantenido incólume, al no haber sido desvirtuado por medio impugnatorio ade-*

cuado para ello) de la existencia de unas prolongadas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado al tiempo de la concepción de la menor, unido dicho hecho probado a la persistente e injustificada negativa (obstrucción o resistencia pasiva) del demandado, tanto en primera, como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica, cuya injustificada negativa, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, a la que después volveremos a referirnos, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una “ficta confessio”, sí constituye un muy valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra, como en el presente caso ocurre, con otras pruebas directas que conduzcan al juzgador de la instancia a declarar probada la existencia de unas prolongadas relaciones sentimentales o amorosas entre la demandante (madre del niño o niña) y el demandado, y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, al tiempo de la concepción del referido o referida menor, en cuanto posiblemente determinantes de su paternidad.

c) Citación para la práctica de la prueba biológica.

Sostiene el recurrente que la citación para la práctica de la prueba biológica debió haberse hecho personalmente y haberle advertido, además, de las consecuencias que podría reportarle su negativa a someterse a la misma. A este respecto señala el Tribunal Supremo que las citaciones (para las cuatro veces en que fue acordada la práctica de dicha prueba) se le hicieron en legal forma, como declara expresamente la sentencia recurrida, pues lo fueron por cédula y, además, por medio de su Procurador, en cum-

plimiento de lo que preceptúa el párrafo segundo del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, por otro lado, al órgano jurisdiccional le correspondiera hacerle advertencia alguna acerca de las consecuencias que podría tener su negativa a someterse a la práctica de la misma, pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-Director técnico del interesado.

d) Vulneración del derecho a la intimidad e integridad de las personas.

El recurrente alega, por último, que el precepto constitucional que posibilita la investigación de la paternidad, “ha de conjugarse con la normativa de igual rango constitucional, artículos 15 y 18 de la Constitución que protege la intimidad e integridad de las personas”.

Es doctrina jurisprudencial que la resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad física y que el artículo 127 del Código Civil da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, precepto que no es más que la instrumentación del terminante mandato constitucional contenido en el artículo 39.2, y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes para con los hijos, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando es desconocida (Sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1996, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia de 17 de enero de 1994).

6. *Valoración de la prueba pericial.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 5 de octubre de 1998.

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

La valoración de la prueba pericial, desde el punto de vista del recurso de casación, es de libertad por el juzgador “a quo”, por lo tanto, en principio, está privada del acceso casacional, que únicamente tendrá lugar cuando el juzgador “a quo” tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados, o extraiga deducciones absurdas o ilógicas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a María Luisa interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco en la que solicitaba que se declarase la paternidad del demandado respecto del menor Álvaro, fijándose una pensión alimenticia de 100.000 pts. mensuales actualizables anualmente conforme al IPC.
- El Juzgado de Primera Instancia n^o Cuatro de los de Gijón dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 1993, estimando la demanda de reclamación de paternidad y fijando una pensión alimenticia de 30.000 pts. mensuales.
- La Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en grado de apelación, dictó sentencia el 27 de diciembre de 1993 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D. Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La motivación del recurso de casación la basa el recurrente en la valoración de la prueba pericial biológica que fue practicada en 1^a instancia. A este respecto señala el Tribunal Supremo que *el artículo 127 del Código Civil establece la posibilidad de utilizar procedimientos para llegar a conocer una realidad genética, lo que permite a los Tribunales, como dice la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1985, utilizar cualquier sistema de los previstos por la ra-*

zón humana y en consonancia con la realidad social, y en especial los sistemas de investigación genética, todo ello para lograr la defensa de los intereses personales del hijo, tanto en el orden material como moral. O sea que, desarrollando el artículo 39.2 de la Constitución, dicho precepto introduce en nuestro derecho la posibilidad de la determinación de ciertos vínculos familiares, a través de una prueba pericial cuyo núcleo esencial son ciertas pruebas biológicas.

El artículo 1243 del Código Civil se refiere a la prueba procesal de peritos, haciendo, a su vez, una remisión al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ambos se establece que los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según la regla de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos.

Pues bien, la valoración de la prueba pericial, desde el punto de vista del recurso de casación, es de libertad por el juzgador “a quo”, por lo tanto, en principio, está privada del acceso casacional. Pero, ahora bien, dicha norma, como ya se ha dado a entender, no tiene carácter absoluto, puesto que en casos de error notorio en la valoración de dicha prueba pericial, hay posibilidad de casar dicha valoración. Esto último sólo ocurrirá, como muy bien dice la emblemática Sentencia de esta Sala, de 20 de febrero de 1992, cuando el juzgador “a quo” tergiversare ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados, o extraiga deducciones absurdas o ilógicas (po-

sición ratificada por la Sentencia de 13 de octubre de 1994).

Trasladado todo lo anterior a la presente contienda judicial, no se aprecia alguna de las anteriores tachas en la apreciación de la prueba biológica, efectuada por el juzgador de primera instancia y asumida íntegramente por la sentencia recurrida, y que fue acordada su práctica a través del sistema de la diligencia para mejor proveer. Pues tanto en una como en otra resolución, se pondera dicha prueba biológica, correctamente practicada, de una manera lógica y consecuente, desde el momento mismo que, dicha prueba, arrojó como resultado que el, ahora, recurrente tiene un 98,871553 por 100 de probabilidad de ser el padre de la persona en cuestión, después de haber habido pruebas hematológicas e investigaciones de DNA del núcleo de las células, y cuando tales técnicas, según sistemas HLA, ABO, MNSs, HR, Kidd, Kell y Duffy sometidas a cálculo de ordenador, hace posible llegar a afirmaciones y negaciones de la paternidad superiores en muchos casos al 99,73 por 100, como ocurre en la presente «litis».

III. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS PRIVATIVAS Y GANANCIALES

1.1. *Embargo de inmueble inscrito presuntivamente como ganancial.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 1998.

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

Habiéndose acreditado que el inmueble objeto de embargo fue comprado por el cónyuge no deudor después de que se otorgasen capitulaciones matrimoniales con su correspondiente inscripción en el Registro Civil, procede estimar la tercería de dominio y levantar el embargo sobre dicho inmueble.

ANÁLISIS DEL CASO

- Los cónyuges D. Manuel y D^a Carmen otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, de fecha 17 de abril de 1985 en la que estipularon

el régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Con fecha 17 de mayo de 1985, la referida escritura pública de capitulaciones matrimoniales fue inscrita en el Registro Civil de Sevilla, al margen de la inscripción de matrimonio de los aludidos cónyuges.

- Mediante documento privado de fecha 1 de agosto de 1986, D. Antonio, de una parte, y D^a Carmen (casada con D. Manuel, se dice expresamente en dicho documento privado), de la otra, celebraron un contrato de compraventa, por el cual el primero vendió a la segunda una vivienda unifamiliar. Con fecha 23 de octubre de 1986 se otorgó la escritura pública, cuya cláusula primera dice textualmente: D. Antonio con el consentimiento de su esposa D^a Dolores, vende a D^a Carmen, casada con D. Manuel, que compra y adquiere el pleno dominio, de la finca descrita en la exposición de esta escritura, con todas sus pertenencias y accesorios. Con fecha 5 de noviembre de 1986, la referida escritura pública de compraventa fue inscrita en el Registro de la Propiedad, que el Registrador inscribe con carácter presuntivamente ganancial.
- Con fecha 26 de febrero de 1987, D. Manuel obtuvo de “Banco H.” un préstamo personal de un millón de pesetas, que fue documentado en póliza intervenida por Corredor de Comercio. Ante el impago de las cuotas mensuales, el referido Banco promovió contra D. Manuel un juicio ejecutivo en reclamación del pago de la cantidad adeudada en cuyo juicio ejecutivo fue embargada la vivienda unifamiliar.
- D^a Carmen interpuso tercería de dominio contra el Banco H. y contra D. Manuel solicitando que se dicte sentencia declarando que el bien embargado es propiedad de su poderdante y ordenando el alza del embargo trabado, imponiendo las costas al que impugnara esta demanda. El Banco H. se opuso a la misma solicitando su desestimación, declarándose que la finca embargada ha de responder como si de bienes gananciales se tratase o alternativamente responde la mitad indivisa de la finca, por ser propiedad del cónyuge deudor.
- El Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Sevilla dictó sentencia el 18 de septiembre de 1992; estimando la demanda declaró que el inmueble era propiedad de la actora debiéndose alzar el embargo y la correspondiente anotación.
- La Sección 6^a de la AP de Sevilla, con fecha 22 de marzo de 1994, dictó sentencia estimando parcialmente el recurso interpuesto por el Banco H. declarando que el inmueble pertenece en pleno dominio y “pro indiviso” a los cónyuges y que el embargo trabado a instancia de la entidad bancaria por deudas personales de referido condueño, ha de concretarse a la mitad “pro indiviso” del inmueble.
- D^a Carmen interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales en las que se pactaba el régimen de separación de bienes, una entidad bancaria procedió a trabar embargo por deudas de uno de los cónyuges, sobre una vivienda que compró el otro cónyuge con posterioridad al otorgamiento de dichas capitulaciones. La esposa, recurrente en casación, pretendió por la vía de la tercería de dominio dejar sin efecto el embargo sobre la referida vivienda.

La sentencia dictada por el Juez de 1ª Instancia estimó que efectivamente la vivienda pertenecía con carácter privativo a la esposa y que por tanto, no siendo deudora, procedía levantar el embargo acordado sobre dicho inmueble. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó dicha resolución en aplicación de una peculiar teoría que denominó intermedia que, por cierto, no fue alegada por ninguna de las partes. Veamos el fundamento jurídico de esta teoría:

“Conforme a los datos aportados por la documental obrante en el proceso, aplicando al supuesto del recurso los principios de la buena fe y de la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario la solución intermedia que procede, sin alterar la base fáctica de la pretensión, consiste en calificar el inmueble discutido como de propiedad común, que pertenece por mitad y proindiviso a la tercerista y su esposo...” (f. j. 2º de la sentencia recurrida).

A los efectos legales de declarar que la finca embargada pertenece en común y “pro indiviso” a ambos cónyuges, y de concretar el embargo sobre la mitad ideal que pertenece al marido deudor del Banco, no existe contradicción entre la realidad de las capitulaciones matrimoniales, instaurando el régimen de separación de bienes, inscritas en el Registro Civil el 17 de mayo de 1985 y la eficacia del embargo practicado en 1988, ni con el asiento del Registro de la Propiedad, si se tiene en cuenta que la mención facultativa, al margen de la inscripción de matri-

monio, autorizada por el art. 77 de la Ley del Registro Civil, se ha transformado en imperativa a virtud de la norma del art. 1333 CC, reguladora de la inscripción de las capitulaciones, dentro del sistema económico matrimonial establecido por la Ley de 13 de mayo de 1981, porque la publicidad que se obtiene por la vía del Registro Civil se refiere al régimen capitular y a sus modificaciones, pero no al contenido o estipulaciones que establecen el régimen económico y la adjudicación privativa de bienes o derechos, así como determinación de la responsabilidad por deudas de uno o de ambos cónyuges, mientras que, según el art. 1333 citado, las capitulaciones matrimoniales y los pactos modificativos son objeto de una toma de razón en el Registro de la Propiedad cuando afectan a inmuebles, en la forma y con los efectos previstos por la LH, y sólo serán inscribibles los capítulos en cuanto constituyen transmisiones o atribuciones de un cónyuge a otro, o de terceros a favor de cualquiera de ellos, o como complemento de otro negocio dispositivo inscribible, para determinar la naturaleza de los bienes transmitidos y las facultades de los cónyuges para realizar la enajenación. Por lo demás, la tardía declaración de la actora al Registrador de la propiedad de la omisión en la escritura de compraventa de estar casada en régimen de separación de bienes, solicitando que se haga constar tiene carácter privativo, que causó la correspondiente nota al margen de la inscripción es ineficaz frente a la realidad jurídica, y tiene que ser cancelada la nota marginal —arts. 80, 2º, 83 y 97 LH— (f. j. 4º de la sentencia recurrida).

Procede, en conclusión, declarar que la actora es propietaria “pro indiviso” con el codemandado, en la comunidad sobre el inmueble embargado, con la consecuencia de que esta medida cautelar en garantía de la efectividad del crédito, se reduzca y concrete a la mitad del inmueble para responder de

las deudas privativas del D. Manuel (f. j. 5º de la sentencia recurrida).

Señala el Tribunal Supremo que *partiendo del supuesto de que lo único que ha sido debatido en el proceso ha sido si dicha vivienda es un bien privativo de la esposa (tesis de la actora-tercerista) o si tiene naturaleza ganancial (tesis del Banco demandado), la referida solución “intermedia” ha de ser rotundamente rechazada, ya que en la adquisición (compra) de la repetida vivienda no intervino absolutamente para nada el esposo D. Manuel (ni por sí mismo, ni representado por nadie), sino que fue comprada única y exclusivamente, en estado de casada, por la esposa Dª Carmen, por lo que dicha vivienda podrá ser considerada como bien ganancial (de “presuntivamente ganancial” la calificó el Registrador en la inscripción que hizo de dicha compra) o como bien privativo de la esposa, pero en ningún caso, y bajo ningún aspecto jurídico, como un bien perteneciente en copropiedad o condominio, por partes iguales, a los dos esposos.*

Por otro lado, teniendo en cuenta que la finalidad institucional de toda tercería de dominio es la de liberar de un embargo a un determinado bien, que pertenezca (con anterioridad a la traba) a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada, en garantía de la cual se trabó el referido embargo, correspondenos examinar si en el presente supuesto litigioso concurren los expresados requisitos. Para ello, ha de dejarse sentado que el hecho de que de unas capitulaciones matrimoniales pactadas, en 1985, entre los esposos, en las que estipularon el régimen económico matrimonial de separación de bienes, no se tomara razón en el Registro de la Propiedad, pues los esposos estipulantes

carecían de bienes inmuebles en dicha fecha (la existencia de los cuales la presupone el art. 1333 CC para dicha toma de razón), aunque sí fueron anotadas en el Registro Civil correspondiente, conforme prescribe dicho precepto, el expresado hecho, repetimos, no puede impedir (al no tener carácter constitutivo dicha toma de razón en el Registro de la Propiedad) que por otros medios probatorios se acredite que un determinado bien fue adquirido por uno de los esposos, bajo el pactado régimen económico-matrimonial de separación de bienes, y que, por tanto, es un bien privativo suyo. En los autos a que este recurso se refiere aparece, efectivamente, probado que la vivienda litigiosa fue comprada por la esposa Dª Carmen, mediante escritura pública de fecha 23 de octubre de 1986, cuando se hallaba vigente el régimen de separación de bienes, que había sido estipulado en escritura pública de capitulaciones matrimoniales de fecha 17 de abril de 1985 e inscrita en el Registro Civil de Sevilla (al margen de la inscripción de matrimonio) con fecha 17 de mayo de 1985, por lo que ha de concluirse que la presunción de ganancialidad que le atribuyó el Registrador, al inscribir dicha vivienda a nombre de la esposa (inscripción 3ª), ha quedado desvirtuada por la prueba en contrario practicada en el proceso y que, por tanto, dicha vivienda es un bien privativo de la esposa compradora, en su totalidad. Por otro lado, también aparece probado que dicha adquisición (compra) por la esposa (en 1986) de la vivienda litigiosa es muy anterior a la traba del embargo sobre la misma (en 1988), en garantía del pago de una deuda exclusiva del esposo. Por todo lo expuesto, los dos expresados motivos han de ser estimados.

1.2. *Validez de las capitulaciones matrimoniales.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 18 de noviembre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1317 del Código Civil), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria (artículo 1291.3) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen.

ANÁLISIS DEL CASO

- La entidad “B., S.A.” interpuso demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad (ejecución de obra con suministro de materiales) contra los cónyuges D. Isaías y D^a Sara, solicitando que se condene a los demandados, solidariamente, al pago de 18.305.901 pesetas, más los intereses legales correspondientes; subsidiariamente, que se condene a D. Isaías al pago de la citada cantidad, más intereses legales, declarándose, asimismo, que la deuda por dicho importe es de carácter ganancial. Por otro lado la parte actora solicitó que se declare que las capitulaciones matrimoniales por las que se pacta el régimen de separación absoluta de bienes y se liquida la sociedad de gananciales, otorgadas por los esposos demandados, con fecha 12 de junio de 1989, son inoponibles y, en consecuencia, responderán del pago de dicha deuda todos los bienes que en la liquidación se hubieran adjudicado los esposos, si se hubiese formulado inventario, y, en caso contrario, todos los bienes de ambos esposos. Subsidiariamente, y únicamente en el supuesto de que se considerase que la deuda es privativa del Sr. D. Isaías, se declare que dichas capitulaciones matrimoniales son ineficaces por haberse otorgado en fraude de la acreedora.
- Los demandados se personaron en autos oponiéndose a la demanda y planteando reconvencción en la que solicitaron daños y perjuicios por el cierre del salón “P.”.
- El Juzgado de 1^a Instancia nº 40 de Madrid dictó sentencia el 6 de abril de 1992, estimando parcialmente la demanda condenando a D. Isaías a que

abone 9.207.295 pts. más interés legal, declarándose que las capitulaciones matrimoniales por las que se pactó el régimen de separación absoluta de bienes el 12 de junio de 1989 son ineficaces; no habiendo lugar a los restantes pedimentos contenidos en la demanda; y desestimando la reconvención formulada por la parte demandada.

- En grado de apelación, la Sección 9ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 23 de mayo de 1994, estimando parcialmente el recurso, fijando la cantidad adeudada en 8.936.507 pts. sin abono de intereses y sin especial condena en las costas correspondientes a la demanda pero con imposición expresa a la demandada de las correspondientes a la reconvención.
- D. Isaías y Dª Sara interpusieron recurso de casación que fue estimado en parte por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los aspectos puramente mercantiles de la resolución impugnada y que hacen referencia a la cuantía de la deuda, la cuestión que nos interesa comentar está en relación con el pronunciamiento de la sentencia declarando ineficaces las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges ante Notario.

Los esposos alegan la infracción del artículo 1335 del Código Civil, en relación con el 1291.3, del mismo cuerpo legal, ya que la sentencia declara ineficaces las capitulaciones matrimoniales por las que se pactó el régimen de separación de bienes el 12 de junio de 1989. Según el citado artículo 1335 del Código Civil, la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos y la consecuencia de la anulación no perjudicará a terceros de buena fe. El artículo 1291.3 del Código Civil regula la rescisión en fraude de acreedores, acción que es subsidiaria, y concluyen sosteniendo que deben declararse válidas las otorgadas por los recurrentes.

Como señala el Tribunal Supremo, el problema es muy singular, puesto que son los condenados los que pretenden frente a la actora que se declaren válidas las capitulaciones, porque en nada afectan a la parte

actora y tienen razón. Y son los actores los que buscan la ineficacia para tener garantizado el cobro con los bienes de los esposos antes de la partición y ello lo tienen asegurado en ambos casos, pero conviene recordar el derecho vigente y jurisprudencia que lo interpreta y aplica.

Es criterio reiterado y constante el contenido en la sentencia de 26 de noviembre de 1993 y las que cita, según la cual, la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1317 del Código Civil), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria (artículo 1291.3) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, así como, según el artículo 1402, conservan los acreedores de la sociedad de gananciales los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias, por lo que hecha la partición los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los herederos (artículo 1084).

En conclusión, las capitulaciones de los recurrentes en nada alteran ni perjudican a

los demandantes para el cobro de su crédito, y en tal sentido, carecen de eficacia alguna, en el presente caso, pero no pueden generar una declaración genérica de ineficacia, como contiene la sentencia de primera instancia, sin haber hecho razonamiento alguno en los fundamentos de su decisión. Y tampoco se puede mantener el fallo de la

sentencia de apelación, en cuanto, tras fijar la condena al pago de cantidad dice “se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia”, porque entre éstos, está la ineficacia de las capitulaciones y además, tras razonar correctamente en el fundamento sexto, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal y que se ha expuesto más arriba.

2. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. Calificación de bienes.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 24 de septiembre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.

La oficina de farmacia adquirida antes de contraer matrimonio pertenece en proindiviso a ambos cónyuges al haberse constituido una sociedad irregular que habría de regirse, a tenor del art. 1669 del CC, por la comunidad de bienes, siendo iguales la parte de uno y otro por aplicación del párrafo segundo del art. 393 del CC.

La presunción de ganancialidad hay que destruirla, no bastando la posesión de determinados bienes, ni la confesión o manifestación de uno de los cónyuges, siendo necesario, por lo general, la prueba documental y pública.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Martín interpuso demanda de mayor cuantía contra D^a María Jesús sobre liquidación de la sociedad de gananciales, solicitando que se declare el carácter privativo de determinados bienes y subsidiariamente, para el caso de que no se considerase la privaticidad de todos o algunos, se incluya en el pasivo de la sociedad el importe actualizado de los mismos en calidad de reintegros a favor del actor; igualmente solicitó que se declarara la obligación del actor y de la demandada de rendir cuentas de los negocios de farmacia hasta el día en que quede liquidada la sociedad de gananciales, condenando a pagar el saldo que resulte a favor de uno u otro.

- El juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Córdoba dictó sentencia el 28 de marzo de 1996, estimando parcialmente la demanda y la reconvencción, declarando el carácter ganancial y privativo de los distintos bienes.
- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, en grado de apelación, dictó sentencia el 28 de abril de 1997, estimando parcialmente los recursos interpuestos por el actor y demandada y revocando la sentencia de instancia en el sentido de dar carácter privativo a determinados bienes que fueron calificados como gananciales.
- D. Martín y Dª María Jesús interpusieron sendos recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado las cuestiones generales de pura técnica casacional relacionadas con la valoración de las pruebas y la incongruencia, la cuestión que nos interesa destacar se centra en la oficina de farmacia que figura a nombre de la esposa. Según la sentencia de instancia, tenía carácter privativo de ésta, sin embargo, la Audiencia señala que es privativa de Dª María Jesús y de D. Martín, por mitad o en partes iguales habiendo aportado cada uno de ellos dicha mitad al matrimonio celebrado el 15 de julio de 1966 como bien privativo de uno y otro.

La Audiencia le dio este carácter privativo en proindiviso en base a la constitución en su día, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una sociedad irregular que habría de registrarse, a tenor del art. 1669 del CC, por la comunidad de bienes, siendo iguales la parte de uno y otro por aplicación del párrafo segundo del art. 393 del CC.

El esposo alega al respecto la incongruencia de la sentencia de la audiencia a la que se imputa basarse en hechos no aducidos por las partes. En suma lo que se pone en tela de juicio es la afirmación que hace el Tribunal de apelación de que la oficina de farmacia es por mitad de ambas partes, actor y demandada. Señala el Tribunal Supremo que *resulta difícil, por no decir imposible sostener tal tesis, puesto que si, por un lado, la Sala sentenciadora llega a la conclusión*

de que tal oficina es común a ambos litigantes precisamente de lo alegado y probado por ellos a lo largo del litigio, es precisamente tal cuestión un punto crucial de la litis, por lo que su resolución, en uno u otro sentido no puede resultar incongruente. Sin olvidar que, una vez más, como sucede con frecuencia a lo largo del desarrollo de ambos recursos, los respectivos recurrentes utilizan vías no adecuadas para combatir las declaraciones de hecho de la resolución que tratan de impugnar.

La esposa alega también en su recurso la incongruencia de la sentencia de apelación sosteniendo que la declaración de la existencia de una sociedad irregular en torno al negocio de farmacia es una cuestión nueva que se aporta “per se” por la Sala sentenciadora y que no había sido pedido por las partes. Parece olvidar —señala el Tribunal Supremo— que *la calificación de los hechos que se reputan probados incumbe a los órganos de instancia y que en ejercicio de tal función calificadora la Sala ha llegado a esta conclusión jurídica, que no resulta ilógica ni contraria a la ley, por lo que debe ser mantenida en casación.*

En otro orden de cosas, el actor solicitó que se declarase que le pertenece con carácter privativo el local comercial de la Avenida de América, así como el sótano, entreplanta y plaza de aparcamiento. Esta petición, al

igual que ha hecho el Juez de instancia se rechaza, insistiendo, como él, en la condición de gananciales de dichos bienes. Se adquirieron constante matrimonio, que, como ya se ha dicho, se celebró el 15 de julio de 1966, por lo que la presunción de ganancialidad es más que evidente a tenor de los artículos 1407 y 1347 del antiguo y nuevo Código

Civil, presunción que hay que destruir, no bastando la posesión de determinados bienes, ni la confesión o manifestación de uno de los cónyuges, siendo necesario, por lo general, la prueba documental y pública, ya que no en vano se trata de contrarrestar una presunción legal, contra la cual es ineficaz la presunción de signo adverso.

2.2. Adición de bienes a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 23 de noviembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Si después de efectuada la liquidación de la sociedad de gananciales por medio de un convenio regulador aparecen nuevos bienes procede ejercitar la acción de adición que deberá sustanciarse por los trámites del juicio declarativo que por su cuantía corresponda. Procede incluir en el activo un bien cuando la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del Código Civil, que, no obstante, admite prueba en contrario, no ha sido desvirtuada por la otra parte.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Juana promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Gabriel sobre ejercicio de acción para la adición de bienes al activo de la sociedad de gananciales, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare haber lugar al complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales de los litigantes (efectuado en convenio regulador aprobado por sentencia de fecha 16 de marzo de 1992), mediante la aportación de la suma de 9.530.068 pesetas, por el demandado y condenar a éste a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a doña Juana la suma de 4.765.034 pesetas por el aludido concepto, con expresa condena en costas.
- El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Logroño dictó sentencia en el 20 de diciembre de 1993 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 1.^a de la AP de Logroño dictó sentencia el 6 de julio de 1994 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

- D. Gabriel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La primera cuestión que plantea el recurrente se refiere al procedimiento seguido en la tramitación de la petición efectuada por la actora, ya que entiende que debió seguirse el trámite establecido en la disposición adicional sexta de la ley 30/81 de 7 de Julio y no por el juicio de menor cuantía, pues la disolución de la sociedad de gananciales se llevó a efecto dentro de un Convenio Regulador de separación matrimonial y como uno de sus extremos. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, ya que si bien es cierto que las circunstancias tenidas en consideración como idóneas por los interesados cuando pactaron el Convenio Regulador pueden modificarse por vicisitudes ulteriores después de que la sentencia haya ganado la nota de firmeza, por lo que la incidencia de éstas traerá consigo la necesidad de acomodar la situación establecida a las peculiaridades aparecidas con posterioridad, y la Ley 30/1981 ha determinado el método para hacer valer el cambio de las medidas adoptadas a través de las reglas dispuestas en los apartados octavo a decimoprimeros de su Disposición Adicional sexta, también lo es que nos encontramos ante una operación de liquidación de sociedad de gananciales, que excede a aquel singular procedimiento, caracterizado por la postura acorde de ambos interesados para dar respuesta consensuada a sus diferencias en aras de la rapidez y economía procesales, y que ha de dilucidarse mediante el juicio declarativo oportuno.

En segundo lugar denuncia el recurrente que la sentencia impugnada no tiene en cuenta que los litigantes suscribieron un contrato de Convenio Regulador, después sancionado judicialmente, en el que inclu-

yeron la división y adjudicación de la sociedad de gananciales, y especificaron que procederían a liquidar dicha sociedad según obra en el anexo. Por otro lado, la decisión de instancia conculca los arts. 1091, 1225, 1255 y 1278 del CC en relación con el art. 90 del mismo, pues, sin declaración de negocio ilegal o fraudulento, considera ganancial una cantidad inexistente en la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales. Por último, también se considera infringida la doctrina de los actos propios, dado que doña Juana, que prestó su conformidad, en el Convenio Regulador, al inventario de los bienes gananciales que fue aprobado judicialmente, después ha reclamado la cantidad objeto de este pleito.

El Tribunal Supremo desestima todas estas alegaciones porque, como se expresa en las resoluciones de las instancias, la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del Código Civil, que, no obstante, admite prueba en contrario, no ha sido desvirtuada por la recurrente, y, ante dicha situación, en verdad dicho sujeto del pleito trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba verificado por el de apelación y no tiene en cuenta que, según ha declarado reiteradamente esta Sala, aparte de otras, en sentencias de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 20 de julio de 1998, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

IV. PATRIA POTESTAD

1. *Responsabilidad de los padres por las lesiones causadas por el hijo a otro menor.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 17 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

Habiéndose causado lesiones por un menor a otro, procede la compensación de culpas —“culpa in vigilando”— en sentido proporcional: el padre del menor que portaba un juguete susceptible de crear una situación de riesgo habrá de responder en mayor medida que el del menor lesionado.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 11 de septiembre de 1988 cuando un grupo de niños se encontraba jugando, a pocos metros de donde se hallaban sus padres, y sin estar vigilados de forma expresa y directa por ellos, uno de los menores llamado Kio-mi, de ocho años de edad, con motivo de manejar un juguete similar al tirador o tirachinas, alcanzó con una piedra el ojo izquierdo del menor Enrique, de seis años de edad, causándole lesiones de las que curó el 15 de octubre de 1990 habiéndole quedado importantes secuelas.
- D. José Luis, padre y representante legal de su hijo menor de edad Enrique interpuso demanda de menor cuantía en reclamación de 14.593.879 pts. contra don Miguel Ángel y contra la entidad aseguradora Aurora Polar. No personándose en autos el demandado D. Miguel, fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Móstoles dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 1992, condenando conjunta y solidariamente a los demandados a abonar al actor la cantidad de 979.322 pts. y a su hijo en la cantidad de 8.704.000 pts. que su representante legal deberá depositar en entidad bancaria en plazo de un mes justificándolo ante este Juzgado, hasta su mayor edad y con las limitaciones impuestas por los artículos 166 y concordantes del Código Civil, condenando igualmente a Aurora Polar a satisfacer el interés del veinte por ciento anual desde la fecha de los hechos hasta su completo pago; sin hacer condena expresa en el pago de las costas procesales.

- En grado de apelación, la Sección 19ª de la AP de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. José Luis y desestimando el recurso promovido por la demandada Aurora Polar, fijando como indemnizaciones, 1.412.297 para el padre y 10.604.000 pts. para el hijo.
- La demandada Aurora Polar interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La compañía de seguros alega la infracción, por inaplicación, del art. 1103 del CC —“la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”—, pues a tenor del hecho probado en la sentencia recurrida —los hijos del demandante y del demandado jugaban sin resultar vigilados ya que sus respectivos padres se encontraban en la barra del bar, cuando ocurrió el accidente, en el exterior del mismo— es evidente que el accidente se produce por “culpa in vigilando” de los padres, por lo que se debe tener en cuenta esa circunstancia y la indemnización a establecer se debe graduar en relación a la desatención por cada uno de los padres, por lo que el patrimonio del menor lesionado ha de ser indemnizado pero no solamente a expensas del patrimonio del padre del menor causante del accidente, haciendo recaer la sentencia toda la responsabilidad en el padre de uno en beneficio del padre del otro.

En apoyo de esta tesis, la compañía recurrente cita las Sentencias de 15 de noviembre de 1967, 23 de enero y 2 de febrero de 1970, 16 de mayo y 14 de junio de 1973, 30 de mayo de 1974, 31 de marzo de 1978 y 7 de junio de 1991. En estas sentencias, se reconoce la posibilidad de moderar la responsabilidad dimanada de actuaciones negligentes o culposas para aquellos supuestos de concurrencia de comportamientos carentes de la debida diligencia, es decir, reconocer, en definitiva, el principio compensato-

rio previsto en el artículo 1103 del Código Civil.

Señala al respecto el Tribunal Supremo que *no cabe olvidar que la facultad moderadora es de discrecional aplicación por los Juzgados y Tribunales y su uso depende de las circunstancias de cada caso particular, lo que supone que el empleo que se haga de la expresada facultad no es revisable en casación, lo que llevaría, de por sí, a la inviolabilidad del motivo que ahora se examina, pero es que, además, basta la lectura de los fundamentos de derecho cuarto y segundo de la sentencia recaída en la instancia y en la alzada, respectivamente, para entender que en las mismas se tuvo en cuenta el principio de compensación de culpas en sentido proporcional al entender que el padre del menor que portaba un juguete susceptible de crear una situación de riesgo habría de responder en mayor medida que el del menor lesionado, lo cual, indudablemente, vino a comportar una efectiva aplicación del artículo 1103 del Código Civil, por lo que no es admisible apreciar que la Sala “a quo” hubiese infringido, por inaplicación, el mentado precepto, como pretende la entidad recurrente, y de aquí, que proceda reafirmar la claudicación del motivo en cuestión.*

Otra de las cuestiones suscitadas por la compañía recurrente se centra en el recargo del 20% que se incluye en el fallo de la sentencia. El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro establece la sanción del 20% de interés desde la fecha del siniestro, cuando no

se haya indemnizado el importe del daño por causa no justificada o que le fuere imputable.

La sentencia impone dicho recargo porque no se han efectuado requerimientos al perjudicado para lograr un acuerdo transaccional. Sin embargo, argumenta la compañía de seguros que es unánime la jurisprudencia en el sentido de no bastar el simple transcurso de los tres meses para que surja la obligación del referido pago ya que tal “multa penitencial” sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador (SSTS de 3 de octubre y 21 de diciembre de 1991, 31 de enero de 1992, 2 de febrero de 1993 entre otras).

Respecto a esta cuestión señala el Tribunal Supremo que *atendiendo a la redacción del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, los presupuestos que determinan su aplicación son la inexistencia de causa justificada o imputable al asegurador en orden a la reparación o indemnización del daño producido, y, en razón a su índole fáctica, la apreciación de su concurrencia entra de lleno en las facultades valorativas que corresponden a los Juzgados y Tribunales, por ello no es posible, como pretende la entidad recurrente, examinar las circunstancias que*

pudieran desvirtuar semejante apreciación. En razón a lo expuesto y dado que la Sala “a quo” estableció que la compañía de seguros se desentendió de la problemática que había tenido su asegurado, sin ejecutar actos inequívocos tendentes a hacer frente a su responsabilidad, derivada del contrato de responsabilidad civil que había concertado, viniendo a coincidir en este aspecto con el juzgador de instancia, que expresó «... pues cuando este precepto alude a “causa no justificada” comprende la conducta renuente de las aseguradoras, que pueden evitar el recargo si consignan o realizan cualquier acto de inequívoca voluntad tendente a afrontar su responsabilidad, incluso requerimientos al perjudicado para lograr un acuerdo transaccional, ninguna de cuyas actitudes acredita la demandada, que por el contrario debió valorar las versiones coincidentes de reclamante y asegurado y deducir de ellas la procedencia de reparar el daño», resulta fuera de duda que la meritada Sala no interpretó erróneamente el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, cuyo precepto, atendida su redacción, es de aplicación general, y, por otro lado, el daño producido se encontraba comprendido en la cobertura del seguro concertado, así pues, cuanto ha quedado razonado conduce al prerecimiento del motivo en cuestión.

2. Responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos menores.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 13 de octubre de 1998.

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

En aplicación del art. 1903 del CC, los padres incurrieron en una evidente culpa “in vigilando” por el hecho de que sus hijos menores de edad publicasen (o facilitasen la publicación) de una fotografía de otro menor totalmente desnudo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Los menores Manuel y Jorge (de 14 años, los dos) tenían en su poder una fotografía del menor Mariano (también de 14 años de edad), totalmente

desnudo, de frente, cuando se encontraba duchándose y publicaron, sin autorización del referido menor, dicha fotografía (o facilitaron su publicación) en un tablón de anuncios de la Plaza Mayor de Baza.

- D. Mariano y D^a Araceli (padres de Mariano), al amparo de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, promovieron demanda de menor cuantía contra el menor Manuel y sus padres D. Juan y D^a Dolores, y contra el menor Jorge y sus padres D. Diego y D^a Lucía-María, solicitando que se les condenase solidariamente a abonar la cantidad de cinco millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños morales.
- El Juez de 1^a Instancia n^o 2 de Baza dictó sentencia con fecha 25 de junio de 1993 estimando la excepción procesal de falta de personalidad en los actores y absolviendo a los demandados sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto con imposición de las costas procesales a los actores.
- En grado de apelación la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia el 1 de Febrero de 1994, estimando el recurso de apelación y revocando la sentencia declaró que se había producido una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal de la parte demandante, condenándose solidariamente a los demandados, a que indemnizasen a la actora en la suma de cincuenta mil pesetas.
- Los demandados interpusieron recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo únicamente en lo que se refiere a la condena en costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia recurrida considera que los hechos probados constituyen una violación del derecho fundamental a la intimidad personal del menor Mariano, y por entender que de la publicación de la expresada fotografía son responsables los padres de los menores que la tenían en su poder, por la que llama “culpa in educando”, hace el pronunciamiento estimatorio de la demanda, aunque rebajando considerablemente la cuantía de la indemnización.

Los recurrentes centran sus motivos de impugnación en los siguientes fundamentos:

a) Valoración de los hechos.

Denuncian textualmente que se consideraron infringidos el art. 1214 del Código Civil, en relación con el art. 24 de la Constitución

Española por cuanto se declaran o se entienden probados hechos que no lo han sido, en la misma forma que se entiende erróneamente aplicados el art. 1249 en relación el art. 1253 del mismo cuerpo, al suponer según la Sentencia que por haber tenido fotos y negativos debieron exponerse. El motivo se desestima, ya que es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que el artículo 1214 del Código Civil no contiene norma alguna sobre valoración de prueba, sino simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su supuesta infracción solo puede ser invocada en casación cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, la Sala “a quo” no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del “onus probandi”, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de

esa falta de prueba, pero nunca cuando, como ocurre en este supuesto litigioso, la Sala de instancia considere probado el hecho en cuestión. La tutela judicial efectiva con proscripción de toda indefensión, que consagra el artículo 24.1 de la Constitución no guarda relación alguna con la valoración que el órgano sentenciador, para poder resolver un proceso y poder prestar dicha tutela, haga de la prueba practicada en el proceso en cuestión, cualquiera que sea el resultado que obtenga de dicha valoración, por lo que carece del más mínimo sentido jurídico-casacional la invocación que, tan precipitada e infundadamente, hacen los recurrentes, en este motivo, de dicho precepto constitucional, como supuestamente infringido. De la misma carencia de sentido impugnatorio adolece la cita que los recurrentes hacen, también como supuestamente infringidos, de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil, ya que la sentencia aquí recurrida no ha hecho uso de la prueba de presunciones, sino que, valorando toda la prueba directa practicada en el proceso, ha obtenido la conclusión probatoria de que los menores Manuel y Jorge (de 14 años, los dos), que eran los únicos poseedores de la fotografía (y de su correspondiente negativo) del menor Mariano (también de 14 años), totalmente desnudo y de frente, publicaron dicha fotografía (o facilitaron su publicación) en un tablón de anuncios de la Plaza Mayor, de Baza, cuya conclusión probatoria ha de ser aquí mantenida incólume, al no haber sido desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello.

b) Incorrecta aplicación del art. 1903 del CC.

Entienden los recurrentes que la sentencia recurrida ha efectuado una incorrecta aplicación del art. 1903.2 del Código Civil y por tanto sostienen que a ellos no se les puede responsabilizar por los hechos enjuiciados, pues cuando sus respectivos hijos tomaron la fotografía litigiosa “estaban en la disciplina de un equipo integrado en la Organización del Club Deportivo B., categoría

menores”. El motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo con la siguiente argumentación: “Lo que ha sido objeto de este proceso no es la toma de la referida fotografía, sino la posterior fijación de la misma en un tablón de anuncios en la Plaza Mayor de Baza, cuya publicación (o facilitación de la misma) la realizaron los menores cuando se hallaban bajo el cuidado y guarda de sus padres, los cuales incurrieron en una evidente culpa “in vigilando”, por lo que ha de considerarse correcta la aplicación que la sentencia recurrida ha hecho del artículo 1903.2 del Código Civil, en cuya infracción no ha incurrido.

c) Condena en costas.

Al haber sido estimada parcialmente la demanda —la parte actora pidió que se les condenara a pagar una indemnización de cinco millones de pesetas y solamente se les condena al pago de cincuenta mil pesetas— alegan los recurrentes que no se les puede imponer las costas de primera instancia. Este motivo es estimado, ya que el artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al consagrar la teoría del vencimiento, prescribe que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubiesen sido totalmente rechazadas, o, lo que es lo mismo, será favorecida con las costas de la primera instancia la parte cuyos pedimentos sean totalmente estimados, lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues la parte actora formuló como pedimento único en su demanda “se condene solidariamente a los demandados a abonar a mis mandantes la cantidad de cinco millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños morales y dicho pedimento único no ha sido estimado totalmente, pues solamente se ha condenado a los demandados a pagar la cantidad de cincuenta mil pesetas, sin que, por otra parte, la sentencia recurrida haya razonado que, no obstante dicha estimación parcial de la demanda, existen razones para imponer dichas costas a la parte demandada, conforme autoriza el párrafo 2º del antes citado precepto y del que no ha hecho uso la sentencia recurrida”.

V. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 3 de noviembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del Código Civil establece que no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de la vivienda propiedad de la sociedad de gananciales, por tiempo prudentemente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Visitación interpuso contra D. Luis demanda de menor cuantía solicitando que se declare la nulidad civil del matrimonio celebrado el día 16 de octubre de 1991, por haberse producido error en aquellas cualidades personales, que por su entidad, hubiesen sido determinantes en la prestación del consentimiento, que asimismo se decrete la cesación de la convivencia conyugal de forma definitiva y que el uso del domicilio conyugal sea atribuido a la esposa.”.
- El Juzgado de Primera Instancia número seis de los de Zaragoza dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 1993 estimando la demanda y señalando que el uso del domicilio del matrimonio no se adjudica a ninguna de las partes, pudiendo seguir ocupándolo la esposa hasta un plazo máximo de seis meses.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 1994 desestimando los recursos de apelación.
- D^a Visitación interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La parte recurrente alega en primer lugar que la sentencia dictada es incongruente al otorgarse el uso de la vivienda de forma temporal. Señala el Tribunal Supremo que según la doctrina científica casi unánime se puede definir el concepto jurídico de sentencia congruente, cualidad que como requisito exige el mencionado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones o peticiones. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido un criterio flexible en la aplicación de la doctrina de la congruencia, declarándose en numerosas sentencias que el examen de la concordancia o comparación que esta supone ha de ser presidido por una racional flexibilidad (S.S. de 26 de octubre de 1992, 8 de julio de 1993 y 2 de diciembre de 1994, entre otras muchas). En la presente contienda judicial la parte actora como consecuencia de la petición de nulidad matrimonial, solicita, asimismo, como medida patrimonial subsiguiente el uso del domicilio conyugal. La sentencia ahora recurrida le otorga la ocupación temporal por seis meses de la vivienda en cuestión. Pues bien ni con medida super estricta de lo que se debe entender por congruencia, puede decirse que la sentencia no ha atendido en parte la petición de la parte actora, ahora recurrente, desoyendo, por otro lado, la petición que en el mismo sentido efectuada por la parte demandante; ya que nunca puede estimarse como incongruente la sentencia que otorga algo menos que lo pedido en el suplico de la demanda, y así lo tiene declarado jurisprudencia consolidada y pacífica de esta Sala, cuando en ella se afirma que no hay incongruencia cuando se da menos de lo pedido, aunque tal posibilidad no se haya planteado (SS de 12 de noviembre de 1993, 7 de febrero de 1994). Se dice todo lo anterior, porque si se pide el uso de una vivienda por tiempo

concreto y se concede la ocupación de la misma por seis meses, no se puede entender tal distinción como una cosa distinta a lo solicitado.

Por otro lado sostiene la recurrente que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 96.3 y 103.2 del Código Civil y el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de las referidas normas. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. El núcleo de la presente contienda judicial ha quedado reducido a determinar a cuál de los dos cónyuges ha de atribuirse el uso de la vivienda conyugal que es un bien ganancial. Una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del Código Civil establece que no habiendo hijos, como ocurre en el presente caso, podrá acordarse que el uso de la vivienda, por tiempo prudencialmente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos, lo que significa que hay que adentrarse en una cuestión de hecho, que ha sido perfectamente solventada en las sentencias de instancia, y que por lo tanto la mensura temporal de uso efectuada en las mismas, debe respetarse, para no subvertir la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Sobre todo cuando esa interpretación de instancia ha tenido como base el auto de adopción de medidas provisionales dictado en el incidente instruido colateralmente al juicio de nulidad matrimonial en cuestión, debiéndose decir, además que dicha solución no repugna a las normas que para este tema establece el derecho comparado (artículo 285 del Código Civil francés y el artículo 155 del Código Civil Italiano), que aunque no obligatorias, sí pueden reunir de pauta, en esta materia, totalmente desasistida de sostén legal en nuestro derecho.

VI. ERROR JUDICIAL

1. *Inexistencia de error judicial en procedimiento de separación matrimonial.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 16 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Valcárcel Gómez.

No procede estimar que existe error judicial en la sentencia que fija una pensión compensatoria de 550.000 pts. mensuales, cuando para su estimación es necesario revisar, apreciar y valorar toda la prueba practicada en el procedimiento matrimonial. No cabe alegar, con esta finalidad, errores de tipo jurídico en la aplicación del art. 97 del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María Victoria interpuso demanda de separación matrimonial contra su esposo D. Federico, dictándose sentencia estimatoria por el Juzgado de 1.^a Instancia nº 1 de Castellón con fecha 28 de julio de 1993. Como medida complementaria, fijaba una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 200.000 pts. mensuales, con sus correspondientes actualizaciones.
- En grado de apelación la Sección 2.^a de la AP de Castellón dictó Sentencia el 26 de septiembre de 1996 por la que elevó la pensión a la cantidad de 550.000 pts. mensuales actualizables anualmente conforme al IPC.
- D. Federico, mediante escrito de fecha 21 de febrero de 1997, interpuso demanda de error judicial, solicitando que: a) Declare la existencia de error judicial cometido por la Sección 2.^a de lo Civil de la AP de Castellón. b) Declare que dicho error produce efectos indemnizatorios a su favor. c) Imponga las costas a la Administración del Estado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La prohibición legal de que las partes puedan interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los procesos de separa-

ción y divorcio ha motivado que el esposo, al que la Audiencia impuso el pago de una pensión compensatoria mensual de 550.000 pts. a intentar combatir dicho pronunciamiento por la vía del error judicial.

Conforme a lo señalado en el art. 121 de la CE “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. Por su parte los arts. 292 y ss. de la LOPJ establecen los requisitos sustantivos y procesales para que prospere dicha petición.

La doctrina del Tribunal Supremo en la materia se encuentra recogida, entre otras, en las siguientes sentencias:

a) El denominado error judicial, incluso en su referencia más remota y hasta con ecos de popularidad, proviene de una actuación o decisión de los órganos de justicia que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional “dictio iuris” o “decir el derecho” incurrir en un desvío de tal naturaleza o en una equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia que producen, que, sin duda, bien por confundir o no distinguir cabalmente los supuestos de hecho enjuiciados —en su perfil más conocido, se condena a A en vez de a B que es el verdadero autor del ilícito— bien porque con manifiesta torpeza o negligencia —aunque, obvio es, haya “ab initio” que descartar la intencionalidad pues, entonces, entraría en juego la tipicidad penal— se aplica una norma o ley manifiestamente contraria o desviada del modelo preconstituido o incluso, por torpeza, se decide algo que no coincide cuantitativa o cualitativamente con la “ratio decidendi”, y con ello a resultados de tales conductas se infiere una afectación o menoscabo o perjuicio a la parte que tiene que padecer tal pronunciamiento tortuoso o “erróneo”: así las cosas y aunque el instrumento judicial cuente o goce con garantías de imparcialidad, competencia o probidad, por principio, y al estar asumido por sus titulares miembros de la

propia relatividad de la especie humana, no tiene por qué descartarse que, aunque excepcionalmente, pueden incurrir o cometer conductas como las descritas, y entonces, en cualquier Estado de Derecho que se precie de tal, debe el ciudadano litigante o justiciable que fue víctima de esa decisión “errónea” contar o estar asistido de la tutela necesaria para, aunque sea por la vía de resarcimiento “ex post”, poder restaurar los quebrantos soportados por esa decisión “a todas luces injusta”, pues, precisamente se dictó con los componentes descritos de patológica estructuración de la función judicial controvertida; más, por supuesto, esa caracterización nunca puede marginar la misma soberanía —más bien independencia— de corte funcional que los órganos de la justicia ostentan por atribución constitucional, la cual si bien les conmina a la inexcusabilidad decisoria, también les provee de poderes propios que, ubicados dentro de la llamada metodología judicial, les permita cumplir con su función de “decir el derecho aplicable” no sólo en cuanto que, tras el aislamiento del caso litigioso, en sus coordinadas fácticas relevantes, habrán de elegir la norma aplicable, sino, en especial, que después de esa selección, habrán de ajustar la misma al caso debatido, en una labor de auténtica interpretación aplicatoria —no hace al caso deslindar la pureza en dogmática jurídica entre la “aplicación” y la “interpretación” como quehaceres de aquella metodología judicial—; interpretación, pues, como búsqueda del sentido más acorde de la norma con el litigio, que no sólo habrá de efectuarse con absoluta independencia que es tanto como no injerencia de factor alguno de presión, sino que, pueda, en su caso, derivar en una conclusión o tesis que no coincida con la que provenga de cualquier otro sector de juridicidad o, mucho menos, de la que se sustenta por la parte interesada; opinar de otro modo sería tanto como afirmar que cualquier diferencia interpretativa entre la tesis judicial y la de la parte interesada —de ordinario la que vio rechazada su pretensión— provocaría un desvío atacable por la

vía del error judicial, cercenándose con ello una de las savias más fructíferas y garantes de aquella independencia funcional, como es la omnimoda libertad, salvo el respeto a la Ley, de los Tribunales al resolver los litigios con criterios de especial entendimiento de las sanciones así establecidas (SSTS de 20 de octubre de 1990 y 15 de diciembre de 1994).

b) El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, requiriendo el error propio que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extra-procesales, y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores “in iudicio” o “in iudicando”, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la Ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, ya que de otra forma, como declaró la S. de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica; o como dice la S. de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, cual pretende la recurrente, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, sin que esta Sala pueda prejuzgar, dentro de tal clase de procedimientos, si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que en modo alguno pueden unos y otros considerarse constituti-

vos de error judicial generador de indemnización (S. de 22 de julio de 1989).

D. Federico entiende que se ha producido un error judicial en base a que se han considerado como ciertos unos hechos que no se ajustan a la realidad, por un lado, en relación con las cantidades obtenidas como beneficio por las sociedades en las que es accionista, negando que su patrimonio supere los dos mil millones de pesetas. Por otro, respecto a la situación económica de D^a María Victoria que tiene en cuenta la Sala y que a su entender es errónea. Por último, sostiene que la sentencia también ha incurrido en error al aplicar la norma, concretamente el art. 97 del CC, ya que no ha tenido en cuenta para fijar la cuantía los parámetros que se contienen en este artículo.

El Tribunal Supremo niega que exista error judicial en la sentencia de la Audiencia en base a dos consideraciones:

a) *Es de tal magnitud la complejidad de las circunstancias aducidas en la presente demanda por error judicial, que su apreciación supondría, sin más, a esta Sala, tener que, compulsar, revisar, apreciar y valorar, toda la prueba practicada por la sentencia que se tilda de error; en aplicación de lo dispuesto en el citado art. 97, por lo que no es posible, calificar que se está ante lo que debe ser una correcta demanda por error judicial, en los términos expuestos en la citada teoría, ya que nunca puede una demanda de esa índole, desmontar, por completo el material probatorio e iniciar una compulsa absoluta de todos los pormenores y circunstancias económicas, sin que se olvide el que el núcleo del litigio, se refiere justamente a estos parámetros, y por ello, se viene a censurar, el “quantum” compensador que la Sala de instancia ha impuesto al hoy demandante por error judicial.*

b) *La segunda parte de los errores que se imputan, son de tipo jurídico en la apreciación del precepto citado, lo que se aparta, del cauce mínimo y preciso que debe te-*

ner y respetar cualquier demanda de error judicial; por ello, y siguiendo al respecto el dictamen del MF, que dice: “... Que no resulta de lo actuado que la parte dispositiva de la sentencia impugnada sea la consecuencia de un error judicial, no que el criterio del Tribunal que la dictó sea erróneo. El

órgano judicial llegó a su conclusión fáctica en virtud de sus facultades de valoración y las consecuencias jurídicas correspondientes guardan correspondencia con los hechos en cuestión...”, procede pues, la desestimación de la demanda, con los demás efectos derivados.

VII. SUCESIONES

1. Nulidad de compraventa y de contrato de vitalicio.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 28 de julio de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xabier O’Callaghan Muñoz.

Procede declarar la nulidad de la escritura pública de compraventa efectuada por la fallecida a favor de su hermana por falta de causa. Igualmente se declara nulo el contrato de vitalicio pactado por las partes en documento privado ya que una de las partes conocía el carácter irreversible y la inminencia de la muerte de la otra, lo cual elimina la aleatoriedad esencial del contrato de vitalicio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Febes estuvo casada con D. Gerardo, del que tuvo una hija, D^a Purificación, y ambos la premurieron; esta última dejó dos hijos, D^a Leonor y D. César. D^a Febes otorgó último testamento en fecha 5 de noviembre de 1991 en que nombró herederos a sus dos citados nietos y legó a su hermana D^a M^a Jesús el tercio de libre disposición.
- En el año 1991, D^a Febes, afectada de un irreversible proceso canceroso, se trasladó a vivir al domicilio de su hermana M^a Jesús y en fecha 21 de noviembre de 1991, D^a Febes vendió en escritura pública a su hermana D^a M^a Jesús y su marido D. Juan José la nuda propiedad de todos sus inmuebles. En la misma fecha suscribieron documento privado en el que se manifestó que no hubo precio en aquella compraventa y se expresó literalmente: “aunque la operación se ha realizado en la forma expresada, la reali-

dad es que se transmite la expresada nuda propiedad, a cambio del establecimiento, en favor de la transmitente, de una pensión vitalicia (cuidados, alimentos, convivencia en la vivienda del adquirente, etc.) lo que los comparecientes reconocen y aceptan. Tal obligación la ha contraído la adquirente D^a M^a Jesús...”. El día 5 de febrero de 1992, D^a Febes falleció.

- D^a Leonor y D. César interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de escritura pública de venta y reivindicatoria de bienes inmuebles contra D^a M^a Jesús y D. Juan José, solicitando que se declare la nulidad de la escritura pública de venta de 21 de noviembre de 1991, la nulidad del documento de la misma fecha suscrito por D^a María Jesús, D. Juan José y D^a Febes (hermana de la primera) e igualmente que se declare que los bienes objeto de los contratos constituyen caudal relicto dejado a su fallecimiento por D^a Febes y que corresponde en una tercera parte indivisa a D^a Leonor y en otra tercera parte indivisa a D. César Gerardo.
- D^a M^a Jesús y D. Juan José contestaron a la demanda oponiéndose a la misma, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimándose íntegramente todas las peticiones contenidas en la demanda se declare que la escritura pública y el documento privado constituyen un contrato de vitalicio por el cual la fallecida D^a Febes transmitió a su hermana D^a M^a Jesús y a su esposo D. Juan José la nuda propiedad de los bienes descritos en la citada escritura, por cuya transmisión D^a M^a Jesús y D. Juan José se obligaban a prestar con carácter vitalicio alimentos, cuidados, y alojamiento a la transmitente, que dicho contrato de vitalicio es válido, eficaz y legítimo y que como consecuencia del mismo D^a M^a Jesús y D. Juan José son titulares de pleno dominio de dichos bienes al haberse extinguido el usufructo vitalicio de D^a Febes, por el fallecimiento de la misma.
- El 22 de diciembre de 1993, el juzgado de Primera Instancia núm. cuatro de Palencia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Palencia con fecha 21 de abril de 1994 dictó sentencia desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia.
- D^a Leonor y D. César interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los nietos testamentarios de D^a Febes solicitan la nulidad de la escritura pública y del documento privado de 21 de noviembre

de 1991 por los que la misma transmitió a su hermana la nuda propiedad de los bienes que componían el caudal relicto. La base ju-

rídica del presente caso ha sido expuesta con claridad por la sentencia de primera instancia y mantenida por la dictada en apelación: estiman que la compraventa, de la que se ha probado que no hubo precio, tiene causa falsa, constituye un caso de simulación relativa, que disimula un contrato de vitalicio que, a su vez, se halla viciado de nulidad por carecer del elemento de aleatoriedad y si la verdadera causa es la liberalidad y disimula una donación, ésta es nula por ilicitud de la causa al haberse realizado en fraude de las normas de derecho necesario que rigen la legítima.

a) Nulidad de la escritura pública de compraventa y del documento privado.

Señala el Tribunal Supremo que *el contrato de compraventa es inexistente, al faltarle el elemento de todo negocio jurídico que es la causa; al no haber precio, el negocio jurídico bilateral, contrato, de compraventa, cuya función objetiva es la contraposición entre entrega de cosa y pago de precio, carece de causa entendida ésta en el sentido objetivo que se deriva del art. 1274 del Código civil y al faltar este elemento no llega a existir. La compraventa otorgada en escritura pública de 21 de noviembre de 1991 es inexistente: como tal negocio jurídico que no ha llegado a existir, no produjo transmisión dominical a los compradores demandados ni puede afectar a los herederos y legitimarios demandantes; es decir, fue un negocio jurídico que quiso vaciar el patrimonio de la causante D^a Febes, pero no llegó a hacerlo por ser inexistente.*

La circunstancia de que en el documento privado de la misma fecha se expresase la causa del contrato de compraventa no impide su nulidad. En efecto, y como señala el Tribunal Supremo *“La cuestión que se plantea es el documento público, que hace prueba y afecta a tercero, según el art. 1218 del Código civil que plasma una compraventa*

aparente y el art. 1230 del mismo código que establece que ‘los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero’: es el llamado ‘contradocumento’ que, siendo privado, no puede cambiar el contenido de uno público en perjuicio de terceros. Por tanto, lo expresado y pactado en el documento privado de 21 de noviembre de 1991 no puede afectar a los demandantes, herederos y legitimarios de D^a Febes”.

En consecuencia, el contrato de compraventa plasmado en documento público (escritura pública de 21 de noviembre de 1991) es inexistente por falta de causa. El documento privado de la misma fecha 21 de noviembre de 1991 obliga y afecta a las partes intervinientes, pero no a los legitimarios de la vendedora, que son terceros respecto al negocio jurídico —contrato de vitalicio— que se plasma en dicho documento privado. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido este criterio: la sentencia de 10 de marzo de 1944 dio valor a “una declaración complementaria, por cuyo medio las partes fijaron los términos exactos del vínculo obligacional que entre ellos se estableció...” lo que significó que dio valor al documento privado “inter partes”, no frente a tercero; lo mismo ocurrió en las sentencias de 7 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1986 y 14 de junio de 1989 en que se aceptó el “carácter eminentemente declarativo del documento privado” por el que las partes “completaron la escritura pública” en el sentido de que “fijaron los términos exactos del vínculo obligacional que entre ellas existía” por lo que sólo se reconoció su eficacia “inter partes”; lo que precisa más aun la de 2 de julio de 1997 en este sentido: “las partes otorgantes de una escritura pública pueden, de conformidad con la libertad de pacto que consagra el art. 1255 del Código civil, alterar o modificar lo convenido en esa escritura pública, pues la prohibición de modificación o alteración, contenida en el art. 1230 del mismo Cuerpo legal, solamente se refie-

re a sus efectos contra tercero, pero no a la eficacia 'inter partes'".

b) Contrato de vitalicio.

En el documento privado de 21 de noviembre de 1991 se pactaba un contrato de vitalicio entre las partes y entienden los recurrentes que siendo de aplicación el art. 1804 del CC (*Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha*) no existe ningún motivo para su nulidad, habida cuenta que D^a Febes falleció el 5 de febrero de 1992. Sin embargo, señala el Tribunal Supremo que "las sentencias de

instancia tampoco aplican este artículo directamente, sino por analogía y no se trata de un contrato de renta vitalicia sino de un contrato de vitalicio y no se aplica como tal norma taxativa sino por la deducción de la misma de que la aleatoriedad es elemento esencial del contrato, que en este caso desapareció por el conocimiento de la seguridad e inminencia de la muerte".

Los demandados conocían el carácter irreversible y la inminencia de la muerte de D^a Febes, lo cual elimina la aleatoriedad esencial del contrato de vitalicio que se plasma en el documento. Se ha declarado acreditado que "nada se fío a la suerte" y que "los demandados condujeron a su domicilio a una moribunda sabiendo que su final era inminente".

2. Disposición testamentaria con normas de partición.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 7 de septiembre de 1998.

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

Para que la disposición del testador pueda estimarse como una auténtica partición hereditaria es necesario que el mismo haya distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—. Si ello no es así, sólo estamos ante las denominadas doctrinalmente normas para la partición.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Vicente, defensor judicial del menor Paulino G.O. interpuso demanda de mayor cuantía contra D. Paulino G.R., D^a María Elena, D. Fermín, D. Ignacio y contra D^a María Victoria, sobre aprobación de cuaderno particional en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se apruebe y se tenga como tal al Cuaderno Particional de los bienes relictos acordado por D^a Angela y de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales de la

mencionada causante habida por causa de matrimonio por D. Paulino G. R., practicado por el contador partidor judicial D. Guillermo con fecha 16 de diciembre de 1986.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Paulino G.R., se personó y contestó la misma formulando a su vez reconvencción. El resto de demandados fueron declarados en rebeldía.
- El Juzgado de Primera Instancia número uno de los de San Sebastián dictó sentencia el 23 de diciembre de 1991 desestimando la demanda y estimando la reconvencción aprobaba el cuaderno particional redactado por el contador partidor dirimente.
- En grado de apelación, la sección segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián con fecha 23 de diciembre de 1991 dictó sentencia desestimando el recurso.
- D. Vicente interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el art. 1056 del CC (*Cuando el testador hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*) y por tanto, se debería haber respetado la voluntad de la testadora.

A tal efecto señala el Tribunal Supremo que el artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar el mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas. Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una “regla de oro”, consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liqui-

dación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, pero cuando así no ocurre surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

Pues bien, la parte recurrente trata de basar su tesis casacional en el dato consistente en estimar como una verdadera partición testamentaria la efectuada por su difunto cónyuge en el testamento por él otorgado. Y ello no es así, desde el instante mismo que es la adjudicación de los bienes que en el testamento se realiza, no ha sido precedida de las operaciones particionales antedichas, por lo que las disposiciones testamentarias, ahora contempladas, no pasan de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Y así se ha de entender en el presente caso, desde el ins-

tante mismo, que en el testamento en cuestión se hace una designación expresa de un contador-partidor; institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más, que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento.

Todo lo anterior deja sin base alguna la petición casacional de la parte recurrente, desde el instante mismo que no ha existido una verdadera partición testamentaria, en las estipulaciones efectuadas en el testamento por el cónyuge de dicha parte. En resumen, que no se puede hablar de infracción del artículo 1056 del Código Civil.

3. *Nulidad de testamento otorgado ante Notario y tres testigos.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 19 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.**

Procede declarar la nulidad del testamento otorgado en presencia de Notario y de tres testigos —doctores en psiquiatría— cuando queda acreditado que la otorgante no reunía en dicho momento las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige por estar afectada de constatada enfermedad de demencia arterosclerótica consecutiva, de evolución crónica irreversible e incapacitante, prácticamente incurable.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Joaquina interpuso demanda de menor cuantía contra don Antonio, don Ramón y la “Fundación Cultural Privada Benjamín”, solicitando que se declare nulo y sin efecto el testamento otorgado por D^a Salomé el día 14 de marzo de 1980 en el Instituto de “Investigaciones Neuropsiquiátricas Dr. L., S.A.” ante el Notario de Madrid, D. Francisco, por incapacidad mental de la testadora.
- El Juzgado de 1^a Instancia n^o 11 de Madrid dictó sentencia con fecha 25 de enero de 1993 estimando la demanda presentada y declarando nulo y sin efecto el testamento otorgado por doña Salomé por incapacidad mental de la testadora.
- La sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, en grado de apelación, dictó sentencia con fecha 10 de junio de 1994 desestimando el recurso interpuesto.
- D. Antonio, D. Ramón y la “Fundación Cultural Privada Benjamín” interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes centran sus motivos de impugnación en los siguientes extremos:

a) Valoración de la prueba pericial.

La Audiencia Provincial, valorando la prueba pericial médica junto a otras probanzas llegó a la conclusión de que en el momento de otorgar su testamento D^a Salomé no reunía las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige, por estar afectada de constatada enfermedad de demencia arterosclerótica consecutiva, de evolución crónica irreversible e incapacitante, prácticamente incurable.

El artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, si resulta lo suficiente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (artículo 200 del C.Civil). Como señala el Tribunal Supremo, el precepto se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (sentencia de 22-6-1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que D^a Salomé fue declarada incapaz a medio de auto de 9 de julio de 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el “iter” del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente.

La decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad, juega a efectos de la ineficacia de la presunción de capacidad para testar del artículo 662 —“fa-

vor testamenti”—, que cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (SS. de 12-5-1962, 13-10-1990, 30-11-1991, 10-2 y 8-6-1994); prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad (SS. de 10-4-1987 y 26-9-1988). Dicha prueba se ha practicado y el Tribunal de Instancia la valoró en sentido positivo, para lo que no sólo atendió a la pericial médica que se cuestiona y actuó sobre la historia clínica y datos médicos obrantes de D^a Salomé —ya que falleció el 17 de noviembre de 1984—, sino también a actos anteriores, coetáneos y posteriores de dicha causante, próximos temporalmente a la fecha de otorgar su voluntad sucesoria, suficiente y detalladamente estudiados, con destacada atención, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia en recurso.

La crítica que los recurrentes hacen a la prueba pericial médica la basan fundamentalmente en un informe que pretendieron aportar al recurso que fue rechazado por el Tribunal Supremo, ya que se trataba de una auténtica prueba preconstituida, atentatoria al principio de contradicción procesal.

El ataque a la valoración de la prueba pericial por los órganos judiciales de la instancia, sólo procede, conforme reiterada doctrina de esta Sala de Casación Civil, a efectos de poder apreciar el desacierto denunciado (SS. de 15-7-1991, 10-7-1992, 28-4-1993, 10-3-1994, 26-4-1995 y 17-5-1995), si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de la prueba practicada o se presenten ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, hasta absurdas, desrazonables o disparatadas, por lo que su censura casacional cabe ser combatida de darse dichos supuestos, expresivos de un fallo deductivo que intensa y notoriamente atenta a las reglas de la sana crítica, lo que aquí no ocurre y el motivo ha de ser desestimado.

b) Valoración de los actos anteriores y posteriores al testamento a efectos de apreciar la capacidad de la testadora.

Entienden los recurrentes que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido lo establecido en el art. 666 del CC “Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, ya que el citado órgano tuvo en cuenta, a efectos de apreciar la capacidad de la testadora, actos anteriores y posteriores, que se relatan en el fundamento de derecho quinto de la sentencia.

Señala al respecto el Tribunal Supremo que la decisión de los juzgadores de instancia no se basó exclusivamente en la concurrencia de estas circunstancias, ya que, al conformar hechos demostrados, los analizó y sometió a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y que debía de tenerse en cuenta, así como la declaración judicial posterior de incapacidad, ya que actúan corroborando la prueba pericial, que fue debidamente estudiada y atendida, la que resulta transcendental en estos casos, cuando se trata de precisar el estado mental de las personas naturales, pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que responden a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo.

No se trata precisamente de un testamento otorgado en un intervalo lúcido, que ha de reunir los requisitos del artículo 665 del Código Civil. El hecho de que en el testamento abierto que dictó doña Salomé hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento complejo, como el que es objeto del proceso, pues dichos facultativos sólo actúan

como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más (arts. 694, 694, 695, 696, 697 y 698 del Código Civil).

La exigencia del referido artículo 666, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, impone atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento, lo que conforma cuestión de hecho que incumbe a la Sala sentenciadora, que en este caso no lo apreció (SS. de 27-1-1978, 7-10-1982, 10-4-1987 y 26-9-1988), toda vez que concurre prueba bastante para mantener con la seguridad suficiente que la referida causante no recuperó la capacidad necesaria para otorgar el testamento de referencia, que, en cierto modo se presentaría como súbita, y hasta sorprendente e inesperada, al estar afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva, de casi nulas posibilidades de recuperación.

El motivo no procede. Se hace supuesto de la cuestión en cuanto valora la prueba pericial, en la pretensión de sustituir el criterio imparcial de los juzgadores por el decididamente interesado de los recurrentes. No ha de olvidarse de que el ingreso en la clínica fue precisamente debido al estado mental deteriorado de doña Salomé. A su vez la sentencia no hace declaración alguna respecto a la retroactividad de la resolución judicial que decretó su incapacidad, que no resulta preciso cuando se trata de una incapacidad de hecho mantenida hasta su fallecimiento como es el caso de autos.

c) Intervención de Notario y de testigos.

Por último, los recurrentes entienden que se ha infringido el artículo 685, en relación al 662 y 663, todos ellos del Código Civil, en base a que aquel precepto dice que dos de los testigos instrumentales y el Notario autorizante procurarán asegurarse que el testador tiene, a su juicio, la capacidad necesaria para testar y por tanto, la sentencia invade y deja sin efecto la valoración del grado de capacidad de la testadora que efectuó el Notario autorizante y los testigos presenciales,

dado que en estos —doctores “L”, “H” y “C”—, eran destacados expertos psiquiatras y poseían conocimientos necesarios para enjuiciar la capacidad de doña Salomé a efectos de realizar el acto de disposición de última voluntad.

El Tribunal Supremo no cuestiona ni pone en duda, tanto la honorabilidad y competencia profesional del Notario como la científica de los peritos mencionados. Sin embargo lo que se deja dicho no resulta suficiente ni hace por sí inatacable el testamento que se discute en el pleito. La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Cuando se requiere la presencia del Notario para otorgar testamento, el fedatario se encuentra en un primer momento —es al que se refiere el citado artículo 685— que le impone una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, en cuanto que tiene que dictaminar su capacidad de obrar en relación al acto jurídico que pretende llevar a cabo, por lo que ha de hacer una calificación que suele ser inmediata, respecto a su idoneidad para poder testar.

El texto legal utiliza el vocablo procurar, que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (SS. de 23-3-1940 y 21-6-1986). La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991 llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure

como plenamente eficaz y válido. El juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa.

Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del Código Civil, al disponer que hará siempre constar el Notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido.

Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y mas aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad.

En el caso que nos ocupa tal complejidad la permiten las circunstancias personales que concurrían en doña Salomé en razón al

deficiente estado y perturbación mental que la afectaba, por lo que precisaba, como se deja dicho, no sólo una capacidad natural media, sino más que suficiente y equilibrada, ya que en su testamento no sólo designa como sucesor de todos sus bienes a la entidad que denomina “Fundación Benjamín”, —que no estaba constituida por entonces—, sino que resulta cuidadosa, lo que supone una también intensa atención mental, toda vez que adopta precisas medidas respecto a las finalidades culturales y objeto que detalla de la entidad, designa nominalmente a las personas encargadas de su creación —don Antonio y don Ramón—, a los que instruye sobre su voluntad en tal sentido y al tiempo los nombra albaceas testamentarios, contadores partidores y administradores de su herencia.

El juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción “iuris et de iure”, sino “iuris tantum”, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los

Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial (Sentencias de 26-9-1988, 13-10-1990, 24-7-1995 y 27-11-1995, como las más recientes), y de acuerdo a la misma el Tribunal de Apelación estableció como hecho probado, tras la valoración conjunta del material probatorio del pleito, la incapacidad discutida de doña Salomé y tal valoración probatoria, que combaten los motivos estudiados, ha de ser respetada, pues no se acreditó que fuera incorrecta, con lo que es obligado asumir y coincidir con la decisión de los juzgadores de la instancia, ya que su actividad es revisoria al haberse planteado contienda judicial y no pugna con el juicio de capacidad a cargo del Notario y testigos presenciales en cuanto se les supone actuantes de buena fe, pero que el proceso, con sus garantías de dualidad y contradicción procesal, pone de manifiesto que se trata de un juicio equivocado, que acarrea la nulidad de la disposición testamentaria otorgada.

VIII. PENAL

1. *Juzgado competente para el conocimiento del delito de impago de pensiones.*

Tribunal Supremo. Sala 2.^a, Auto de 16 de noviembre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

El Juzgado competente para conocer de las denuncias por impago de pensiones es el del lugar donde se fijó el domicilio familiar, siendo indiferente que la acreedora de la pensión traslade su domicilio temporalmente a otro partido judicial.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a María del Carmen presentó denuncia contra D. Juan Carlos ante el Juzgado de Instrucción de Alcorcón por incumplimiento de las medidas señala-

das en la sentencia de separación tramitada ante el Juzgado nº 4 de Talavera de la Reina.

- El Juzgado de Instrucción de Alcorcón, tras dictar auto de apertura de juicio oral remitió lo actuado a los Juzgados Penales de Móstoles para su enjuiciamiento. El día del juicio, el acusado manifestó que ese Juzgado de lo Penal carecía de competencia y que debía inhibirse a favor de los Juzgados de Toledo ya que el denunciado tenía su residencia en la localidad de Talavera de la Reina.
- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Móstoles dictó auto con fecha 22 de enero de 1998 en el que se declaraba que el Juzgado de lo Penal competente era el de Toledo ya que el lugar de comisión del presunto delito sería el de residencia del acusado pues al no existir lugar de cumplimiento de la obligación se ha de estar al lugar donde el deudor tenga su domicilio.
- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Toledo dicta auto el día 14 de abril de 1998, en el que acuerda no aceptar la competencia por entender que señalada la vista no pueden plantearse cuestiones de competencia territorial.
- Devueltas las diligencias al Juzgado de lo Penal nº 1 de Móstoles, éste acuerda elevar la presente cuestión de competencia negativa a la Sala 2ª del Tribunal Supremo para que resuelva sobre el Juzgado competente.

COMENTARIO DEL AUTO

Una vez más llega al Tribunal Supremo una cuestión de competencia respecto a qué juzgado será el competente para enjuiciar el impago de pensiones derivadas de una sentencia matrimonial.

El Fiscal emitió su informe en el sentido de que era competente el Juzgado de lo Penal de Toledo, ya que en su territorio jurisdiccional se realizaron los actos punibles imputados, debiendo examinarse la competencia territorial en cualquier momento del procedimiento, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, al tratarse de cuestión de orden público-procesal. En efecto, de los testimonios remitidos resulta que el domicilio familiar antes de la separación estaba en Talavera de la Reina, tramitándose el procedimiento matrimonial en el Juzgado de esta capital y Audiencia de Toledo. En tal procedimiento se acordó que en el referido domi-

cilio familiar —sito en Talavera— residiese la demandante y su hijo. Las medidas de ejecución de lo acordado y requerimiento incumplidos sobre el pago de pensiones las adoptó el Juzgado de la tan citada localidad, siendo el domicilio del acusado asimismo en Talavera donde fue notificado y requerido. La denunciante reside de forma aleatoria al parecer en casa de sus padres en Alcorcón, siendo ésta la razón de presentar allí la denuncia. Es correcto, pues, el razonamiento del Juzgado de lo Penal de Móstoles. El lugar de cumplimiento de la obligación alimenticia es Talavera y allí han tenido lugar las omisiones punibles imputadas.

Respecto al momento en que se planteó la cuestión de competencia, señala el Tribunal Supremo que, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, la cuestión de competencia se planteó en momento procesal oportuno

sin que pueda olvidarse que se trata de una cuestión de orden público-procesal.

Entrando en el fondo de la cuestión de competencia planteada, y acorde con lo ya resuelto en otras ocasiones, señala el Tribunal Supremo que el delito de abandono de familia por impago de pensiones es un delito de omisión, debiéndose estimar cometida la infracción en el lugar donde el sujeto pasivo patentizó su pasividad y abstención, dejando de efectuar las prestaciones económicas a que venía obligado, por lo que la competencia vendrá determinada por el lugar donde debió cumplir la prestación que le era exigida. En el presente caso, en Talavera de la Reina estaba el domicilio familiar antes de la separación y asimismo se fijó en esa ciudad el domicilio de la denunciante y su hijo. Es en esa ciudad donde se deben tramitar las posibles denuncias por incumplimiento en el pago de las pensiones seña-

ladas, no sólo porque es en Talavera donde se incumple la obligación de satisfacer la pensión sino también porque allí se fijó el domicilio de la persona perceptora, sin que se hubiese señalado ningún lugar distinto donde efectuar el pago de la pensión ni donde deba ser remitida. El hecho de que la acreedora de la pensión pase una temporada en el domicilio de sus padres, situado en el Partido Judicial de Alcorcón, en modo alguno puede alterar la competencia para conocer del impago de las pensiones, ya que de admitirse este cambio competencial conjuntural se pondría en serio peligro la seguridad jurídica con quebranto del derecho al Juez predeterminado por la ley. Así las cosas, resulta evidente que debe resolverse la cuestión de competencia negativa atribuyendo al Juzgado de lo Penal nº 1 de Toledo el conocimiento de estas diligencias, por ser el que corresponde a los Juzgados de Instrucción de Talavera de la Reina.

IX. FISCAL

1. *Sociedad de gananciales y tributación por IRPF.*

Tribunal Supremo. Sala 3.ª, Sección 2.ª, Sentencia de 17 de octubre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Mateo Díaz.

Si uno sólo de los cónyuges es el que obtiene ingresos por rendimiento del trabajo personal, no cabe que el otro, amparándose en el art. 1347 del CC (consideración de los ingresos como bienes gananciales) efectúe una declaración individual incluyendo el 50% de dichas rentas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ricardo presentó declaración individual del IRPF resultando una cuota diferencial a devolver de 490.533 ptas. Posteriormente, la Delegación de Hacienda practicó liquidación provisional paralela, motivada por la no

aceptación de la imputación realizada por el declarante del 50% de los rendimientos del trabajo personal generados por el mismo y por la modificación de los gastos consignados por capital mobiliario, ascendiendo la liquidación a 1.700.325 ptas., incluidos los intereses de demora. En la misma fecha de 29 de noviembre 1989, la esposa del anterior, doña Consuelo presentó declaración individual por el mismo concepto y ejercicio, de la que resultó una cuota diferencial a devolver de 159.302 ptas. Y también en 8 de mayo de 1990, la Delegación de Hacienda practicó una liquidación provisional paralela, motivada por no aceptación de la imputación realizada por la declarante del 50% de los rendimientos del trabajo personal generados por su cónyuge, y por la modificación de los gastos consignados por capital mobiliario, ascendiendo ahora el importe de la devolución acorde a 204.890 ptas.

- Contra dicho acuerdo los interesados presentaron el 8 de junio de 1990 reclamaciones económico-administrativas por separado, ante el Tribunal Regional de Cantabria, dictándose resolución con fecha 28 de junio de 1991 desestimatoria de las pretensiones de los reclamantes.
- Ambos cónyuges interpusieron recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones indicadas, que fue tramitado ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Cantabria y desestimado por sentencia de 18 de marzo de 1992, que declaró conformes a Derecho los actos administrativos impugnados.
- La sentencia fue recurrida por los esposos ante el Tribunal Supremo que desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes optaron, al amparo de lo prevenido en el número 9 de la Ley 20/1989, de 28 de junio, por la declaración y tributación individual, pese a que tan sólo el esposo generaba las rentas de trabajo, por cuanto la esposa tiene derecho al 50% de dichas rentas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1347 del Código Civil, al definir la sociedad de gananciales. Estiman que existe una antinomia entre la Ley mencionada y el Código Civil e imputa a la sentencia apelada una violación del artículo 9.3 CE al no observar ni establecer la jerarquía de normas entre ambos cuerpos legales, pues a su juicio debe prevalecer el Código Civil.

Señala el Tribunal Supremo que ni existe antinomia, ni puede hablarse de jerarquía de normas desigual entre el Código Civil y la Ley aludida. No existe antinomia, porque el hecho de que las rentas del trabajo del esposo pasen a ser bienes gananciales no atribuye a la esposa la cuota del 50% en los que en cada período, constante matrimonio, genere la actividad del marido, de los que integran la masa ganancial, sino que, como es sabido, cada cónyuge ostenta solamente una cuota abstracta ideal en el conjunto de la masa, que sólo se hará efectiva y se concretará en diversas adjudicaciones, cuando se extinga la sociedad y se proceda a la partición de sus

bienes. Es por ello que, sin obstáculo alguno, la Ley 20/89 de 28 de julio pudo disponer, por supuesto a efectos fiscales, en su artículo 9, apartado a) que los rendimientos del trabajo corresponderán exclusivamente a quien

haya generado el derecho a su percepción, por lo que en el caso presente habían de imputarse a la declaración del marido, como acertadamente resolvió la resolución del Tribunal Regional Económico-Administrativo.

2. *Tributación de la cesión de bienes efectuada en una liquidación de gananciales. Liquidaciones paralelas efectuadas por la Oficina Gestora.*

Tribunal Supremo. Sala 3.ª, Sentencia de 24 de octubre de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez.

La cesión de bienes efectuada por uno de los cónyuges a favor del otro con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales es equivalente a una pensión compensatoria al cónyuge, aunque no tenga carácter anual y se consume en un solo acto. La oficina gestora sólo puede rectificar la autoliquidación del contribuyente en función de los datos obrantes en ésta, limitándose a constatar y verificar los posibles errores aritméticos o materiales que pudieran existir o, inclusive, las desviaciones jurídicas que se desprendieran con evidencia de la propia autoliquidación; cualquiera otra labor de comprobación o actividad de indagación habría de ser derivada a la Inspección de los Tributos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Pedro efectuó declaración-liquidación del IRPF correspondiente al ejercicio 1986 en que, tras hacer constar como rendimientos íntegros en concepto de trabajo personal 8.923.727 ptas. y como rendimientos brutos de capital mobiliario 97.279 ptas., declaró en la casilla de “Anualidades por Alimentos satisfechas” la suma de 8.064.631 ptas.
- La Oficina Gestora practicó liquidación provisional —paralela— que arrojó una cuota a ingresar de 956.951 ptas., en vez de la “a devolver” de 2.713.061 ptas. que había sido hecha constar por el contribuyente en su indicada liquidación.
- D. Pedro interpuso recurso contencioso administrativo y el TSJ de Cataluña, Sección 5ª, dictó resolución con fecha 30 de marzo de 1992 estimando el recurso y declarando la nulidad de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Barcelona, de 28 de marzo de 1989.

- La representación del Estado formuló recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el representante de la Administración que la sentencia impugnada, al dar lugar al recurso contencioso-administrativo en la primera instancia jurisdiccional, desconoció la competencia reglamentariamente reconocida a los órganos territoriales de la Hacienda para girar liquidaciones provisionales en concepto de IRPF “a la vista de las declaraciones presentadas y de los datos consignados en las mismas”, sin necesidad, por tanto, de remitir el problema a la Inspección Tributaria. Además, tratándose de unas adjudicaciones de bienes hechas con motivo del convenio suscrito por el contribuyente y su esposa a causa de su separación matrimonial, no se estaba ante pensiones compensatorias entre cónyuges que, a efectos del Impuesto aquí cuestionado, pudieran computarse como incremento del patrimonio del perceptor y como concepto a minorar los rendimientos del ejercicio del obligado a satisfacerla, tal y como establecía el art. 7 L. 44/1978 de 8 de septiembre, según la redacción recibida de la L. 48/1985 de 27 de diciembre.

A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que planteado así el problema, es necesario reconocer que, con arreglo al art. 160 del Reglamento del IRPF de 3 de agosto de 1981, “el órgano competente de la Administración Territorial de la Hacienda Pública para recibir las declaraciones por este Impuesto podrá girar una liquidación provisional a la vista de las declaraciones presentadas y de los datos consignados en las mismas”. Es claro, pues, que la Oficina Gestora, como argumenta la sentencia impugnada con toda corrección, sólo podía rectificar la autoliquidación del contribuyente en función de los datos obrantes en ésta, limitándose a constatar y verificar los posibles errores aritméticos o materiales

que pudieran existir o, inclusive, las desviaciones jurídicas que se desprendieran con evidencia de la propia autoliquidación o declaración-liquidación presentada. Cualquiera otra labor de comprobación o actividad de indagación habría de ser derivada a la Inspección de los Tributos. A esta argumentación de la sentencia cabe añadir que dicha conclusión deriva de los cometidos asignados a la Inspección por los arts. 140 y ss. LGT y por el Reglamento de la misma de 25 de abril de 1986, siempre que la actividad del órgano gestor no traspase las facultades que a la Administración reconoce el art. 104 de la referida Ley cuando establece que aquélla —la Administración, se entiende— “puede recabar declaraciones y la ampliación de éstas, así como la subsanación de los defectos advertidos, en cuanto fuere necesaria para la liquidación del tributo y su comprobación...”. Incluso la redacción que el precitado art. 160 recibió del RD 9/1988 de 15 de marzo (sic), según la cual la liquidación del órgano gestor podía practicarse no sólo de conformidad con los datos consignados en las declaraciones y los justificantes a ésta acompañados, sino también de acuerdo con los «solicitados por dicho órgano», versión no aplicable, atendida su fecha, al caso de autos, sólo autoriza a solicitar datos y no a comprobar o investigar la situación fiscal del sujeto pasivo, que es cometido a realizar, como se ha dicho, por la Inspección. Si, pues, al órgano gestor, conforme afirma la resolución económico-administrativa, pareció “desproporcionada” con los ingresos una pensión como la consignada por el contribuyente, debió declararlo así y derivar las actuaciones, para la comprobación pertinente, a la Inspección Tributaria.

Pero es que es más. Aparte de que de la declaración no se desprende ningún dato de carácter jurídico que avale la tesis de que no se estaba ante una pensión familiar propiamente dicha, tampoco podría negarse a la declarada por el aquí apelante la virtualidad de minorar la base de imposición en el ejercicio en que se produjera. Es cierto que el art. 7 de la Ley del IRPF aquí aplicable, en la redacción que le dio la L. 48/1985 de 27 de diciembre., disponía que “cuando se trate de las pensiones compensatorias entre cónyuges y en los supuestos de anualidades por alimentos, satisfechas ambas por decisión judicial, el importe de las mismas se computará como incremento del patrimonio del perceptor, minorando los rendimientos del ejercicio en el obligado a satisfacerlas” y cierto, también, que, en el supuesto de autos, el convenio anejo a la separación matrimonial decretada judicialmente entre el aquí recurrente y su cónyuge, convenio asimismo aprobado en sede judicial, preveía una

cesión de determinados bienes a su esposa por valor de las indicadas 8.064.631 ptas. y recogía la renuncia de los esposos a reclamarse alimentos habida cuenta que declaraban poseer medios de vida propios con que atender a su sustento. Pero no es menos cierto que el propio convenio establecía que “la cesión de bienes contemplada en los precedentes párrafos tiene carácter sustitutorio del pago de pensión por desequilibrio” (se refería a una admitida situación de desequilibrio patrimonial en que quedaba la esposa a consecuencia de la separación). Una cesión patrimonial realizada en tales condiciones, no puede caber duda, equivale a una propia pensión compensatoria aunque no tenga carácter anual o periódico y se consume en un solo acto. La consecuencia no puede ser hacerle perder su virtualidad minusvaloradora de la base, sino la de que sólo sea imputable, lógicamente, en el ejercicio en que se produzca.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. FILIACIÓN

1. *Si la madre no es parte en el procedimiento de reclamación de paternidad procede acoger la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 22 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

Aun cuando sea el hijo mayor de edad quien reclama la filiación paterna, la demanda debe dirigirse también contra la madre, sin que esta falta de litisconsorcio pasivo necesario sea subsanable con su comparecencia como testigo. La reclamación de paternidad hace a la madre conocida protagonista de hechos graves cuyas consecuencias reclaman su intervención procesal, tanto por lo que se refiere a la inmisión en su intimidad cuanto por lo que le afectarán las decisiones estimatorias.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Sergio interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco Javier sobre reclamación de paternidad, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que el demandado es su padre biológico.
- El Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda.
- En grado de apelación, la sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 1996 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

- D. Francisco Javier interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien dictó auto con fecha 14 de octubre de 1997 no admitiendo los motivos primero y segundo del recurso interpuesto y acordando remitir las actuaciones a la Sala del TSJ de Cataluña para la sustanciación del recurso.
- El TSJ de Cataluña estimó el recurso revocando la sentencia y acogiendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

No es el primer procedimiento que se insta para que se declare la paternidad del demandado, y así es de tener en cuenta que D^a Teresa formuló, en fecha 27 de noviembre de 1971, en nombre de su hijo Sergio, menor de edad, demanda de reconocimiento forzoso de hijo natural, en base al art. 135.2 del Código Civil, contra D. Francisco Javier; la pretensión fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia n^o 8 de Barcelona, en sentencia de fecha 7 de octubre de 1972, confirmada por la Sección Segunda de la Audiencia Territorial y fue rechazada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de mayo de 1974 que casó la anterior; en fecha 3 de julio de 1974, D^a Teresa instó nueva demanda, también en representación de su hijo menor, contra el mismo demandado y con igual pretensión, si bien esta vez basada en el art. 4 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya; el Juzgado de Primera Instancia n^o 8 de Barcelona, en resolución de fecha 13 de marzo de 1975, desestimó la demanda por acogimiento de la excepción de cosa juzgada; finalmente, el 10 de marzo de 1992, D. Sergio, ya mayor de edad, en cuanto nacido el 24 de agosto de 1970, ejercitó acción de reclamación de filiación no matrimonial basada en el art. 127 del Código civil, pretensión que fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Barcelona en sentencia de 11 de julio de 1995 y confirmada por la sentencia que es ahora objeto de recurso de casación; dicho recurso se articula en once motivos, de los cuales los dos primeros se fundamentan en preceptos constitucionales, concretamente el primero en los arts. 24 y 120.3 de nues-

tra Norma Fundamental y el segundo en los arts. 9.3 y 24 del mismo texto; remitido el recurso a la Sala Primera del Tribunal Supremo, se resolvieron ambos motivos, con resultado desestimatorio, en sentencia de 14 de octubre de 1997, que fue recibida en esta Sala el pasado día 5 de marzo.

Los motivos del recurrente se centran en las siguientes cuestiones:

a) Falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles.

Sostiene el recurrente que D. Sergio, no es ciudadano español y, al haber partido de contraria base las sentencias dictadas, infringen los límites de la jurisdicción española, toda vez que, según el art. 22.3 de la LOPJ sólo serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles en materia de filiación y de relaciones paterno filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España.

D. Sergio nació, según consta en el certificado que obra en autos, el día 24 de agosto de 1970 en la “Clínica D.” de Barcelona, siendo hijo de Teresita, nacida en Londres y de nacionalidad británica. Según el Libro de Filiación, se halla inscrito en el Registro Civil de Barcelona. Consta en autos que D. Sergio no se halla inscrito en los Registros del Consulado General británico como ciudadano británico residente en la jurisdicción consular británica de Barcelona y que no ha solicitado la nacionalidad española, según certifican el Consulado General de España

en Londres y la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia español. Obran pasaportes españoles del demandante, transcritos a los folios 364 a 389.

Se trata, en definitiva, pues, de una persona nacida en España, de padre desconocido y de madre británica, no constando haya adquirido la nacionalidad de la madre, prueba que hubiera sido de fácil aportación por la parte a quien beneficia. Siendo ello así, resulta de ineludible aplicación el art. 17.1.d) del código civil según el cual son españoles de origen los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. Igual nacionalidad de origen se hubiera ostentado al amparo de la legislación anterior a la redacción de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sin perderla por la modificación posterior habida cuenta de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley del 90 que dice: “La adquisición o la pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior, mantienen su efecto, aunque la causa de adquisición o de pérdida no esté prevista en la ley actual”. La Ley 51/1982, de 13 de julio, redactó el art. 17 estableciendo en su párrafo 4º que eran españoles de origen los nacidos en España cuya filiación sea desconocida o aunque conocida respecto de uno de los padres la legislación de éste no atribuya al hijo su nacionalidad, precepto que nuestra mejor doctrina entendía de efectos retroactivos respecto a la normativa de la Ley de 15 de julio de 1954, en la vigencia de cuya Ley nació el demandante, por tratarse de un derecho declarado por primera vez en la ley, el derecho subjetivo a la nacionalidad española, en razón a supuestos no contemplados en la anterior legislación.

La sentencia de apelación otorga al demandante la vecindad catalana —por tanto, la nacionalidad española— y la sentencia de instancia expone “a los meros efectos de esta litis, se estima debidamente acreditado, con la documentación aportada, que el demandante ostenta la nacionalidad española” y, ciertamente, ninguna prueba de las practicadas a lo largo de las voluminosas actuaciones

ha logrado demostrar que el actor tuviera una nacionalidad distinta —británica, por ejemplo— de la española de origen. De otra parte, la vecindad civil le viene dada por lo dispuesto en el art. 14.6 del Código.

Consiguientemente, ha de rechazarse el motivo del recurso que cuestiona la nacionalidad española del demandante.

b) Falta de litisconsorcio pasivo necesario.

La existencia procesal del litisconsorcio necesario se fundamenta hoy en el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, consagrado en el art. 24.2 de nuestra Constitución. Así lo han dicho las sentencias de 4 de abril de 1988, 13 de abril de 1989, 27 de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1991, etc. En la citada de 1990 puede leerse: “la institución del litisconsorcio necesario es una figura de creación preferentemente jurisprudencial, regida por el principio de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que pueden resultar afectadas por el fallo, y porque de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, elevado a derecho fundamental por el artículo 24.2 de la Constitución española”.

La llamada “exceptio plurium litisconsortium”, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de excepciones queda fuera de la jurisdicción rogada y, en razón a la trascendencia de sus efectos respecto al orden público, puede y debe incluso ser apreciada de oficio. Así lo determinan las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 24 de mayo de 1986, 16 de octubre de 1990, 22 de julio de 1991, entre muchas otras.

Los supuestos de litisconsorcio necesario vienen determinados por normas de derecho material, que obligan a un examen conjunto de la relación jurídica controvertida, en el sentido de que no podrá dictarse sentencia de fondo de no concurrir en el litigio todas aquellas personas a las que el resultado del

mismo puede afectar. Otras veces, empero, se trata de una ampliación extensiva de la doctrina jurisprudencial. Entre los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario establecidos por normas legales se encuentran las denominadas “acciones de estado”, relativas al estado civil de las personas, a que aluden los arts. 74 (nulidad de matrimonio), 131 (filiación), 136 (paternidad) y 139 (maternidad), todos del código civil. De igual modo, el art. 15 de la Llei 7/1991, de 27 de abril, de filiacions, dictada por el Parlament de Catalunya.

En el supuesto actual, D. Sergio entabló la acción de reclamación de paternidad llamando tan sólo a juicio a D. Francisco Javier, siendo así, sin embargo, que la maternidad de D^a Teresa de halla perfectamente determinada. La excepción de litisconsorcio pasivo necesario fue planteada en primera instancia por el demandado y la sentencia del Juzgado, cuya fundamentación asume la de apelación, desestima la excepción sobre la base de que “la función de dicho precepto (se refiere al art. 15 de la Llei catalana), cual es la de facilitar la entrada en dicho proceso de quien puede aportar datos fundamentales acerca de la certeza de la filiación que se reclama, ha quedado perfectamente subsanada en el caso de autos, al haberse acreditado la interposición por parte de D^a Teresa de dos acciones de reclamación de paternidad contra el mismo demandado y en representación de su hijo menor”.

Tal argumentación no puede ser comparada. De un lado, la intención del precepto transcrito no se agota con la llamada al proceso de quien puede aportar datos fundamentales acerca de la certeza de la filiación que se reclama, como se dice en la sentencia, pues siendo ello así quedaría sin explicación la llamada de los herederos en el caso de fallecimiento, llamada que, por ejemplo, también se encuentra en la Ley 71 de la Compilación de Navarra y que se justifica por la importancia que para aquellos tiene un pronunciamiento estimatorio en orden a sus expectativas sucesorias. Se trata más bien,

pues, de un precepto imperativo que no admite excepción ni matización alguna, íntimamente ligado a los efectos de la cosa juzgada material. De otra parte, si realmente es destacable la llamada de la madre determinada, ha de observarse que tal omisión no es subsanable, ni ha sido subsanada en este caso, pues no ha sido oída siquiera como testigo, ni cabe aducir que en el pasado ejercitó por dos veces acciones similares a nombre del hijo cuando este pasado se remonta a 1972 y a 1974. Sobre la apodíctica afirmación de que “la madre siempre tiene algo que decir acerca de la paternidad de su hijo”, ciertamente la atribución de una paternidad sobre madre ya determinada comporta la afirmación —por demás fundamental— de que la madre y el presunto padre mantuvieron relaciones sexuales durante la época de la concepción y, con mayor rigor si cabe, comporta también, caso de declararse la paternidad, el nacimiento de una patria potestad compartida, con todos los efectos que le son inherentes. Como dicen los autores preocupados por el tema, la reclamación de paternidad hace a la madre conocida protagonista de hechos graves cuyas consecuencias reclaman su intervención procesal, tanto por lo que se refiere a la inmisión en su intimidad cuanto por lo que le afectarán las decisiones estimatorias. En el mismo sentido y refiriéndose al Derecho común, la sentencia de fecha 5 de marzo de 1963 ya declaró:

“...siendo indudable que en el caso de autos, no podría ventilarse la cuestión a espaldas de la madre, que no ha sido demandada, sin que pueda suplirse esta falta de litisconsorcio pasivo necesario con su comparecencia como testigo; ya que atendiendo a la seguridad, no sólo familiar sino social, que ha de rodear a la posesión de estado civil, las resoluciones que se dicten el procesos de esta naturaleza llevan consigo un valor absoluto ‘erga omnes’ como expresamente lo declara el artículo 1252 del código civil; litisconsorcio necesario, omitido en el caso de autos y que puede ser apreciada su existencia de ofi-

cio, aun en el trámite extraordinario de casación, lo que determinaría la imposibilidad de entrar en el fondo del asunto.”

Lo que antecede fuerza a concluir que, efectivamente, se ha producido conculcación de la norma imperativa contenida en el

art. 15 de la Llei catalana de filiacions, en cuanto contempla un caso de litisconsorcio pasivo necesario que en los autos se ha omitido, conduciendo rectamente a la estimación del recurso de casación planteado por acogimiento del motivo.

II. UNIONES DE HECHO

1. *La denegación de la pensión de viudedad a la conviviente de hecho no infringe norma constitucional alguna.*

TSJ Andalucía, Sentencia de 26 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Benavides Sánchez de Molina.

La disposición adicional 10ª, norma 2ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre reforma del Código Civil, en materia de matrimonio, tiene un claro sentido: atribuir las prestaciones de la Seguridad Social por muerte y supervivencia, a quienes no hubieran podido contraer matrimonio a pesar de su convivencia marital, por la circunstancia de que hasta la entrada en vigor de aquella Ley, no se permitía el divorcio en nuestro derecho.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio contrajo matrimonio el 31 de diciembre de 1953 con Dª Clara conviviendo con ella más de once años y habiendo nacido de la citada unión conyugal seis hijos.
- Dª Remedios convivió durante más de treinta años con D. Antonio, fallecido el día 31 de agosto de 1995, habiendo nacido de la citada unión de hecho cinco hijos.
- Dª Remedios solicitó del INSS la concesión de una pensión de viudedad que le fue denegada. Interpuesta reclamación previa, fue denegada igualmente.
- Presentada demanda ante el juzgado de lo social, fue desestimada. Interpuesto recurso de suplicación, también fue desestimado por el TSJ de Andalucía.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende la recurrente que la sentencia infringe los arts. 1, 14 y 39 de la Constitución Española y la Jurisprudencia recaída sobre la materia y por tanto, la interpretación del Texto de la Seguridad Social en relación con el precepto constitucional debe hacerse teniendo en cuenta el nuevo criterio que sienta el Tribunal Constitucional en Sentencia 222/1992.

El TSJ no estima su pretensión, pues la cuestión referida al art. 160 del anterior Texto Refundido de la LGSS (actual art. 174), ha sido resuelta expresamente en Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre ratificada en Sentencia de 28 de febrero de 1994, en las que se señala que no se viola el referido art. 14 con el tratamiento desigual de las uniones de hecho y el vínculo matrimonial, habiéndose resuelto por esta Sala supuestos similares al de autos. La disposición adicional 10ª, norma 2ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre reforma del Código Civil, en materia de matrimonio, tiene un claro sentido: atribuir las prestaciones de la Seguridad Social por muerte y supervivencia, a quienes no hubieran podido contraer matrimonio a pesar de convivencia marital, por la circunstancia de que hasta la entrada en vigor de aquella Ley, no se permitía el divorcio en nuestro derecho, de modo que el obstáculo para legalizar la unión que aquella convivencia significaba, venía impuesto por aquella legislación anterior, que no permitía aquella causa de disolución del vínculo frente a la que la nueva normativa representa —en desarrollo del art. 32, dos de la Constitución—. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley 30/1981, la pensión de viudedad no queda sino remitida a los supuestos del art. 160 de la LGSS de

1974 —que exige vínculo matrimonial—, a salvo de que, por tratarse de muerte anterior del causante no les hubiese sido posible contraer matrimonio a los convivientes por pesar alguno de ellos ligado por vínculo matrimonial anterior, supuesto al que ha de equipararse, por tratarse de idéntica razón —imposibilidad de hecho, sobrevenida a la imposibilidad legal anterior—, el que una vez publicada la nueva Ley, el fallecimiento ocurriese con tal contigüidad temporal o en situaciones de práctica imposibilidad, cual la enfermedad grave de alguno de ellos, que dejase intacta la clara voluntad de celebración del nuevo matrimonio, una vez iniciados, en lo posible, los trámites encaminados a obtener la declaración judicial del divorcio del matrimonio anterior, agregándose que como es bien sabido, ya que el Tribunal Constitucional tiene sentada la doctrina de la no equiparación al respecto entre el matrimonio y la unión de hecho, de modo que, entre otros preceptos constitucionales, viola la desigualdad de trato de referencia del art. 14 de la Constitución —así la Sentencia de aquel Tribunal de garantías constitucionales, nº 184/1990, resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad referida al citado art. 160 de la LGSS; doctrina que dicho órgano de jurisdicción constitucional ratificó en su Sentencia de 28 de febrero de 1994 resolviendo un recurso de amparo—; doctrina que es aplicable al caso de autos, toda vez que desde que el causante dejó de convivir con su esposa el 31 de agosto de 1995 pudo proceder a la rotura del vínculo matrimonial instando el correspondiente divorcio y posteriormente contraer matrimonio, antes de que aquél falleciera, lo cual conduce a la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

2. *Concesión de pensión de viudedad a la conviviente de hecho.*

TSJ Madrid, Sentencia de 2 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Varela de la Escalera.

Procede el reconocimiento de dicha prestación cuando la voluntad y firme propósito de contraer matrimonio resulta tan patente como en el presente caso, al haberse iniciado y concluido el correspondiente expediente matrimonial, y no llegar a realizarse aquél, no obstante, haberse instado su celebración “in articulo mortis”, por no encontrarse el causante —en el momento en que, a la presencia judicial, iba a tener lugar— con lucidez suficiente para comprender el significado del acto, hasta el punto que al día siguiente falleció.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Margarita, divorciada, mantuvo una unión de hecho con D. Juan José desde hacía más de trece años, fruto de la cual nació una hija llamada Alba. D. Juan José, soltero, otorgó testamento abierto ante Notario el 6 de septiembre de 1996, y expresó en el mismo que tenía proyectado “contraer próximo matrimonio en muy breves fechas (incluso piensa que antes de que finalice el presente mes de septiembre) con D^a Margarita”.
- D^a Margarita y D. Juan José solicitaron del Registro Civil la celebración de matrimonio recayendo auto del Encargado del Registro Civil, de 11 de septiembre de 1996, autorizando el matrimonio de los solicitantes y delegando para su celebración en el Registro Civil de Velilla de San Antonio. Posteriormente D^a Margarita solicitó contraer matrimonio “in articulo mortis” con D. Juan José. Queda acreditado en el expediente que D. Juan José expresó su deseo de contraer matrimonio en el “Hospital Universitario P.”, donde se encontraba internado, el 28 de septiembre de 1996. El matrimonio, sin embargo, no pudo celebrarse toda vez que D. Juan José no tuvo un estado de lucidez suficiente en orden a comprender el significado del acto. D. Juan José falleció el 1 de octubre de 1996.
- D^a Margarita solicitó el 18 de octubre de 1996 pensión de viudedad del Instituto Nacional de la Seguridad que le fue denegada, al igual que la reclamación previa.
- El Juzgado de lo Social desestimó la petición e interpuesto recurso de suplicación, el TSJ de Madrid lo estimó declarando el derecho de D^a Margarita a percibir la pensión de viudedad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de instancia desestima la demanda sobre reconocimiento de la pensión de viudedad con base en la inexistencia de vínculo matrimonial, entre la actora y el causante, al no haberse llegado a celebrar el matrimonio.

Recorre D^a Margarita alegando que los dos convivientes intentaron, por todos los medios, llevar a efecto el vínculo matrimonial, contando incluso, con la autorización del Juzgado, ante las manifestaciones de las partes de querer contraerlo, y que ya las mismas están dando su consentimiento expreso, debiendo entenderse, por ello, que la doctrina y jurisprudencia a aplicar ha de hacerse teniendo en cuenta la situación de los afectados, aplicando, al caso, un tratamiento humano e individualizador, dadas las circunstancias por las que atravesaron y los actos inequívocos que realizaron para llevar a buen término su deseo de contraer matrimonio.

Si bien es cierto que, conforme al art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, sólo tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge del causante, condición que no es atribuible a quien no está (o ha estado, en el supuesto de divorcio), unido por vínculo matrimonial, no lo es menos que, en supuestos tan singulares como el de autos, procede el reconocimiento de dicha prestación cuando la voluntad y firme propósito de contraer matrimonio resulta tan patente co-

mo en el presente caso, al haberse iniciado y concluido el correspondiente expediente matrimonial, y no llegar a realizarse aquél, no obstante haberse instado su celebración “in articulo mortis”, por no encontrarse el causante —en el momento en que, a la presencia judicial, iba a tener lugar— con lucidez suficiente para comprender el significado del acto, hasta el punto que al día siguiente falleció.

Es verdad, como se razona en la resolución judicial de instancia, que nada impedía a los interesados la celebración del matrimonio, pues el divorcio de la demandante ya estaba reconocido (en virtud de sentencia de 16 de diciembre de 1982); mas dicha circunstancia, entiende la Sala, no debe impedir, en este caso, se repite, tan singular, el reconocimiento de la prestación, cuando la voluntad de contraer matrimonio, por parte del causante, aparece evidenciada no sólo por el expediente matrimonial, sino también en su testamento, además de por las manifestaciones efectuadas en el “Hospital Universitario P.”, resultando obvio, por todo lo expuesto, que si el matrimonio no llegó a celebrarse ha sido no por decisión o falta de voluntad del causante y de la actora, sino a causa del fallecimiento de aquél, razones por las cuales, también entiende la Sala que sería contrario, si no a la letra, como es claro, sí al espíritu del precepto que se invoca como infringido, al denegar a la demandante la prestación que ha solicitado.

3. *Denegación de pensión de viudedad a la conviviente de hecho.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 8 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Adolfo Matías Colino Rey.

El reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria, por lo que la ausencia de este requisito, sin que conste la imposibilidad de transformar la convivencia “more uxorio” en vínculo matrimonial, impide que la demandante pueda ser beneficiaria de la prestación solicitada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Fermín contrajo matrimonio con D^a Juana, aunque posteriormente, y durante los últimos 45 años antes del fallecimiento de D. Fermín (ocurrido el 20 de septiembre de 1996) estuvo conviviendo con D^a Beatriz, figurando ambos empadronados en el mismo domicilio. Fruto de su convivencia nació una hija llamada Juana.
- D^a Beatriz presentó ante la Dirección Provincial de Barcelona del Instituto Nacional de la Seguridad Social, solicitud de pensión de viudedad que fue denegada por no acreditar vínculo matrimonial con el fallecido no existiendo imposibilidad legal para haberlo contraído con anterioridad a la fecha del fallecimiento. Formulada reclamación previa fue desestimada.
- Instada demanda ante el Juzgado de lo Social, se dictó sentencia el 29 de octubre de 1997 desestimándola.
- Interpuesto recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña, fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea ha sido abordada tanto por el Tribunal Constitucional (SS de 15 de noviembre de 1990 y 14 de febrero de 1991, entre otras), como por el Tribunal Supremo (SS de 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993, entre otras), en el sentido reflejado en la sentencia de instan-

cia, al no ser equiparables, para el reconocimiento de la pensión de viudedad, las situaciones de convivencia “more uxorio” con la derivada de una convivencia matrimonial, no pudiendo asimilarse ambas situaciones ni siquiera en uso del criterio interpretativo sociológico que facilita el artículo 3.1 del Có-

digo Civil. En supuestos como el enjuiciado en los que se mantiene una situación de convivencia de hecho, sin que exista imposibilidad de contraer matrimonio entre ambos convivientes y sin haber arbitrado, pudiendo hacerlo, los mecanismos legales que permitan la legitimación de la expresada situación, no cabe, como declara la sentencia citada de 10 de noviembre de 1993, reconocer el derecho a la prestación de viudedad a la que se refiere el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El Tribunal Constitucional ha declarado que “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la constitución garantiza” (STC de 15 de noviembre de 1990). Sobre la lesión al derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución, la regulación actual de las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad social no vulnera lo dispuesto en dicho precepto en cuanto que “el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida” (AATC 156/1987 y 788/1987). Doctrina ratificada por el Pleno del Tribunal en la STC 184/90, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad nº 1419/1988, planteada en relación con el art.

160 LGSS y la disp. adic. 10.2, de la L. 30/1981, de 7 de julio (STC de 14 de febrero de 1991), pues “siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento” (STC de 15 de noviembre de 1990), en la que se añade que “el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero que el no hacerlo así, no lesiona el art. 14 CE, ni por sí mismo ni en relación al art. 39.1 del texto constitucional, a lo que ha de añadirse que tampoco se lesiona el art. 14 CE en conexión con los arts. 41 y 50 CE ya que, aunque el supérstite no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social (arts. 41 y 50 CE), tal protección —como se dice igualmente en la STC 184/90— no tiene necesariamente que prestarse a través de la actual pensión de viudedad, más aún teniendo en cuenta que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender una situación de necesidad o defensa económica”.

En resumen, el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria, por lo que la ausencia de este requisito, sin que conste la imposibilidad de transformar la convivencia “more uxorio” en vínculo matrimonial, impide que la demandante pueda ser beneficiaria de la prestación solicitada. Debe destacarse, además, que en el supuesto que se enjuicia no existen elementos suficientes para constatar que entre la demandante y el causante existió imposibilidad de contraer matrimonio, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

III. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *Concesión de la totalidad de la pensión de viudedad a la ex esposa del causante cuando no concurre ninguna otra beneficiaria.*

TSJ País Vasco, Sentencia de 2 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jorge Blanco López.

La Disposición Adicional 10.3 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, contiene dos reglas: a) la adjudicación de la pensión íntegra al cónyuge sobreviviente, incluso separado o divorciado, y b) la regla de distribución de la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido a quienes fueran o hubieran sido cónyuges del causante. Si el causante no contrajo nuevo matrimonio, la ex esposa tiene derecho a la totalidad de la pensión de viudedad, sin que sea un obstáculo para ello el que se haya dictado sentencia de divorcio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a María Aránzazu contrajo matrimonio con D. Serafín, viudo de su primer matrimonio, el día 29-7-1985.
- Con fecha 10 de marzo de 1988 se decretó la separación matrimonial de D^a María Aránzazu y D. Serafín y con fecha 21 de abril de 1995 se dictó la sentencia de divorcio.
- El 14 de mayo de 1997 falleció D. Serafín, solicitando D^a María Aránzazu del INSS la correspondiente pensión de viudedad, siendo reconocida en cuantía inicial de 17.404 pesetas, sobre una base reguladora de 175.795 pesetas, más la cantidad de 3.767 pesetas, en concepto de mejoras, haciendo un total de 21.171 pesetas/mes, lo que supone un 22% de la pensión. Frente a dicha resolución, la demandante interpuso reclamación previa solicitando el 100% de la pensión, que fue desestimada.
- El Juzgado de lo Social desestimó la demanda de D^a M^a Aranzazu. El TSJ del País Vasco estimó el recurso de suplicación y concedió el 100% de la pensión de viudedad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión suscitada en el caso de autos obtuvo sentencia de divorcio del causante de la pensión el 1 de septiembre de 1995, tiene

derecho a percibir la pensión de viudedad en su totalidad, o si por el contrario debe percibirla en proporción al tiempo o período a que alcanzó la convivencia matrimonial, teniendo en cuenta que su ex marido con posterioridad no contrajo nuevas nupcias.

Como señala el TSJ, concretado el objeto de debate, la denuncia debe tener favorable acogida; y ello porque, de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo —sentencias de 26 de mayo y 25 de octubre de 1993, 18 de julio de 1994— la Disposición Adicional 10.3 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica el Código Civil, consagra “el derecho a la pensión de viudedad (...) a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”; precepto que, según declara el Alto Tribunal en las referidas sentencias, “contiene en realidad dos reglas: a) la adjudicación de la pensión íntegra al cónyuge sobreviviente, incluso separado o divorciado, y b) la regla de distribución de la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido a quienes fueran o hubieran sido cónyuges del causante”; y sin que tal doctrina haya quedado desvirtuada por la sentencia

de 21 de marzo de 1995, en la que la cuestión que se somete a la Sala consiste en determinar “cómo ha de ser distribuida la pensión de viudedad entre el cónyuge ‘supérstite’ y el que antes lo fue y dejó de serlo por divorcio”, de lo que se deduce está contemplando la concurrencia de varios beneficiarios.

En el presente caso, la demandante había contraído matrimonio con el causante, y, posteriormente fue disuelto por el divorcio, aquél no contrajo nuevas nupcias desde la disolución, por lo que no se da la concurrencia de otra persona con derecho a percibir parte de la pensión a causa de otro matrimonio, y, según la doctrina expuesta, tampoco la norma limita su derecho por el hecho de que se haya producido un divorcio; de ahí que la prestación haya de serle reconocida en su integridad. En consecuencia, no habiéndolo entendido así el Juzgado de Instancia, procede, previa estimación del recurso, revocar la sentencia recurrida, y declarar el derecho de la actora a percibir una pensión equivalente al cuarenta y cinco por ciento de la no discutida base reguladora de 175.795 pesetas, correspondiente al fallecido don Serafín, más las mejoras que legalmente le correspondan, todo ello con efectos desde junio de 1997.

2. *No procede conceder la cuantía íntegra de la pensión de viudedad a la primera esposa por la circunstancia de que la segunda haya perdido su parte proporcional al contraer nuevo matrimonio.*

TSJ Canarias, Sentencia de 17 de junio de 1998.

Ponente: Ilm. Sra. D^a M^a del Carmen Sánchez-Parodi Pascua.

No es posible que casada nuevamente una de las beneficiarias de la pensión de viudedad esa parte proporcional de esa viuda pueda revertir en la otra. La primera esposa sólo tiene derecho a la parte proporcional que se le concediera en el momento del hecho causante, sin que genere ninguna expectativa a situaciones futuras.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Florinda presentó solicitud de revisión del expediente de pensión de viudedad por haber perdido la segunda esposa del causante su derecho a pen-

sión por contraer nuevo matrimonio, solicitando que se le atribuya a ella el 100% de la pensión de viudedad.

- La Dirección Provincial del INSS desestimó la revisión del expediente de pensión de viudedad por considerar que el porcentaje de pensión que viene percibiendo es el correcto del 36%, ya que su pensión de viudedad se cuantificó en proporción al tiempo convivido con el causante, no procediendo el derecho de acrecer, que está establecido sólo para el cónyuge superviviente. Interpuesta la preceptiva reclamación previa, fue desestimada.
- Interpuesta demanda por D^a Florinda ante el Juzgado de lo Social, se dictó sentencia estimando la demanda formulada y reconociendo el derecho de la misma a percibir en su integridad la pensión de viudedad.
- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el INSS que fue estimado por el TSJ de Canarias.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el caso enjuiciado la actora estaba divorciada de D. Francisco, quien a su vez estuvo casado con D^a María. Al morir dicho señor ambas percibieron viudedad en razón del tiempo convivido con el causante, pero como quiera que la segunda de las señoras referenciadas contrajo nuevas nupcias, pretende la demandante que al perder aquella su pensión de viudedad, revierta esta pensión en ella y así se aumente su derecho en un 100%.

El recurso es desestimado por el TSJ de Canarias ya que acorde con la doctrina es lógico que la pensión de viudedad se reparta proporcionalmente entre las dos personas que estuvieron casadas y convivieron con el

causante, pero lo que no es posible es que casada nuevamente una de ellas esa parte proporcional de esa viuda pueda revertir en la otra, porque en el momento del hecho causante ese derecho lo tenían reconocido ambas y no existía un único cónyuge superviviente. La actora sólo tiene derecho a la parte proporcional que se le concediera en el momento del hecho causante, sin que genere ninguna expectativa a situaciones futuras, como en el caso actual, en el que esa otra parte perteneciente a la otra viuda, y que la ha perdido no puede revertir en la misma, puesto que su parte, y valga la repetición, ya la recibió en el momento que ocurrió el óbito de quien fuera su esposo.

3. *Concesión de pensión de viudedad aunque el matrimonio no estuviese inscrito en el Registro Civil.*

TSJ Andalucía, Sentencia de 10 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Navas Galisteo.

Procede conceder la pensión de viudedad, ya que los cónyuges se encontraban unidos en matrimonio, aun cuando el mismo se celebrara en forma coránica, sin que sea obstáculo que dicho matrimonio no se hubiese inscrito en el Registro Civil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Fadma contrajo matrimonio por el rito coránico con don Mohamed en el año 1935. Dicho matrimonio no fue inscrito en el Registro Civil Español. Ambos adquirieron la nacionalidad española en 1988 y 1989.
- Fallecido el marido, la esposa presentó el 19 de septiembre de 1997 solicitud de pensión de viudedad, siendo desestimada por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 26 de septiembre de 1997, por no ser la peticionaria cónyuge del fallecido. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por resolución de 7 de noviembre de 1997.
- La esposa instó demanda solicitando una pensión de viudedad contra el INSS dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social con fecha 27 de febrero de 1998 por la que se estima la demanda, declarando el derecho de la actora a la prestación de viudedad pedida y condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por la indicada declaración y al abono de la correspondiente prestación.
- Interpuesto recurso de suplicación por el INSS ante el TSJ, se desestimó la petición.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega a la actora la prestación de viudedad del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por causa de no haber sido

cónyuge del fallecido, al no estar inscrito el matrimonio en el Registro Civil Español, según lo establecido en la Disposición Adicional Décima nº 2 de la Ley 30/80, de 7 de julio, en relación con el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social interpone recurso de suplicación frente a la referida resolución judicial, formulando un primer motivo al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, con objeto de revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, para solicitar la modificación del ordinal quinto del relato fáctico, dándole la fórmula de redacción de que “El matrimonio celebrado en Marruecos por el rito islámico entre la actora y don Mohamed no fue inscrito en el Registro Civil Central tras adquirir ambos la nacionalidad española”. Pedimento que debe aceptarse porque constituye un hecho de conformidad, según se deduce claramente del contenido de los escritos de demanda y de reclamación previa, pero que resulta irrelevante para cambiar el signo del fallo, a los efectos de juzgar y resolver adecuadamente las cuestiones planteadas en el litigio, como ponen de manifiesto los argumentos y los razonamientos que se expresan en la siguiente fundamentación jurídica.

La parte recurrente instrumenta otro motivo al amparo del apartado c) del artículo 191 del Texto Procesal Laboral, con objeto de examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando la violación por aplicación indebida del artículo 61 del Código Civil, en relación con los artículos 91, 60 y 59 del mismo Cuerpo Legal y 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ante todo conviene destacar que con arreglo a la Previsión General recogida en el artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio, “Tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge supervi-

viente”, y este estado civil solo es asignable a la persona a la que se le ha muerto el cónyuge, es decir, a la que se le ha muerto la persona unida a ella en vínculo matrimonial, condición que viene determinada por la circunstancia de matrimonio-convivencia matrimonial, quedando actualmente excluida la unión de hecho-convivencia extramatrimonial. Dicho lo anterior, la actora y el trabajador causante contraen matrimonio según el rito musulmán, ceremonia que desde el aspecto personal imprime a los contrayentes el carácter de cónyuges, eliminando la figura de compañeros sentimentales o convenientes de hecho o “more uxorio”, pues aunque se trate de un matrimonio musulmán, el artículo 9.1 del Código Civil establece que “La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”, añadiendo el nº 2 que “Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo...”, siendo así que la Ley personal de la actora y de don Mohamed era la de Marruecos por su nacionalidad originaria marroquí. Posteriormente una y otro adquieren la nacionalidad española, entendiéndose que la nueva nacionalidad para nada puede afectar a su situación matrimonial, pues la propia Ley de 10 de noviembre de 1992 atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado con arreglo a la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, y expresamente, y en sentido genérico, el artículo 61 del Código Civil dice que “El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”. Entonces, la cuestión que se plantea radica en averiguar y resolver si la omisión de inscripción de matrimonio en el Registro Civil Español constituye un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente un requisito “ad probationem” o “ad solemnitatem”. La Sala considera que representa un mero defecto de forma que no puede privar de va-

lidez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el Ordenamiento Jurídico Español, al matrimonio celebrado conforme a la Legislación Marroquí, concretamente, el de la prestación de viudedad por la condición de cónyuge sobreviviente, y ello como consecuencia lógica, normal y obligada de la adquisición de la nacionalidad española por la presunta beneficiaria y el sujeto causante. Por último, hay que señalar la no aplicabilidad de la Disposición Adicional 10ª.2 de la Ley 30/81, de 7 de julio, porque la misma extiende el beneficio de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad a los convivientes de hecho o “more uxorio” úni-

camente si se cumplen acumulativamente dos requisitos: a) Que no hubieran podido contraer matrimonio precisamente por impedírselo la Legislación vigente hasta la fecha de entrada en vigor de la mencionada Ley; b) Que el fallecimiento de uno de ellos se haya producido con anterioridad a la indicada fecha, toda vez que resulta patente que en el presente pleito se contempla un supuesto diferente, ya que la actora aparece unida por vínculo conyugal derivado de matrimonio. Por todo lo cual, la censura jurídica no puede ser acogida, lo que conduce a la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso.

IV. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. *Actos de disposición de la vivienda familiar.*

TSJ Baleares, Sentencia de 3 de septiembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Perea Mezquida.

El art. 1320 del CC —necesidad de consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para disponer de la vivienda familiar— no es aplicable a los matrimonios cuyo régimen de separación de bienes se rige por la Compilación de Derecho Civil de Baleares.

ANÁLISIS DEL CASO

- D^a Cristina contrajo matrimonio con D. Julio. Dicho matrimonio, por aplicación de las normas de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, se rige por el régimen de separación de bienes.
- Ambos cónyuges establecieron su domicilio conyugal, a partir de 1986, en la vivienda sita en Costa d'en Blanes, que fue adquirida exclusivamente por el esposo.

- En 1993 D. Julio suscribió un préstamo hipotecario con la entidad Banco S. respecto de la citada vivienda familiar, sin intervención, autorización ni consentimiento de la esposa.
- En 1994, ante el incumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por el prestatario, el Banco S. procedió a ejecutar la hipoteca, a través de un juicio especial del art. 131 LH celebrándose las correspondientes subastas.
- D^a Cristina interpuso juicio declarativo de menor cuantía contra el Banco y contra D. Julio solicitando que se declarase la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario y por consiguiente del procedimiento judicial sumario seguido contra la misma.
- El Juzgado de 1^a Instancia nº 1 de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 6 de mayo de 1996 estimando la demanda y declarando la nulidad de la escritura del procedimiento judicial sumario del art. 131 de la LH.
- En grado de apelación, la Sec. 4^a de la Audiencia provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia el 4 de febrero de 1998 desestimado el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- La entidad bancaria interpuso recurso de casación ante el TSJ de Baleares que fue estimado y por consiguiente desestimada la demanda presentada por D^a Cristina.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las sentencias del juzgado de Instancia y de la Audiencia Provincial estimaron la demanda interpuesta por la esposa, al entender que en el supuesto de autos era de aplicación el art. 1320 del CC —“para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”— y por tanto, procedía declarar la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario y del posterior procedimiento judicial. Básicamente los fundamentos de estas sentencias fueron los siguientes:

a) El art. 1320 CC es una norma que trasciende el ámbito puramente patrimonial y en la que se plasma el carácter transpersonalista del Derecho de Familia, ya que me-

dante la misma se trata de salvaguardar el domicilio familiar y el interés del conjunto de la familia... Por ello es aplicable a los matrimonios sujetos al Derecho Civil de Mallorca. Se cita en apoyo de tal tesis el art. 39.1 de la Constitución Española.

b) El artículo 1320 CC, por integrar el llamado “régimen económico matrimonial primario”, no es incompatible con el régimen de separación de bienes contemplado en el Código Civil “cuyas líneas axiales—se añade— no difieren del sistema de separación de bienes contemplado en la Compilación Balear”.

c) De no entenderse aplicable en Mallorca el art. 1320 CC, quedaría obstaculizada la efectividad de lo que dispone el art. 70 CC en orden a la fijación del domicilio conyugal, “como exigencia derivada

del derecho a la igualdad” garantizado por el art. 14 CE y por el art. 66 CC.

d) Se daría la paradoja de no aplicarse el art. 1320 CC de que estaría menos protegido el cónyuge no titular de la vivienda familiar en situación de convivencia matrimonial normal que lo que lo está el cónyuge a que, en caso de separación, divorcio o nulidad, se le atribuye el uso de la vivienda conyugal (“ex” artículos 90 y siguientes CC).

e) Carece de relevancia el dato de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Compilación Balear fuese rechazada la inclusión en el texto que se reformaba de una norma de contenido idéntico a la del art. 1320 CC, norma que había figurado en el Proyecto.

La Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares para resolver el tema litigioso se impone la siguiente metodología: En primer lugar, verificar o constatar si el Derecho Civil de Mallorca ofrece, o no, una regulación del régimen económico conyugal para los matrimonios sometidos al Derecho Balear; así como si tal regulación es, o no, plena, completa y coherente. En segundo lugar, si la concreta cuestión litigiosa planteada tiene adecuada solución dentro de tal normativa, o si, por el contrario —por la singularidad, especificidad o novedad del caso de autos— resulta preciso acudir, para colmar una laguna, vacío o imprecisión del texto de la Compilación, a las normas supletorias señaladas en la misma. Una tercera cuestión, en esta última hipótesis, sería la de constatar si existe, o no, costumbre o principio informador del Derecho Balear que regular el caso, ya que éstos —la costumbre y los principios informadores baleares— constituyen el Derecho supletorio aplicable en primer lugar (art. 1, apartados segundo y tercero de la Compilación) en defecto de la Ley; mientras que el Código Civil —es necesario destacarlo— está relegado al último lugar, como Derecho supletorio (según resulta claramente del recién citado artículo 1 de la Compilación).

La Sala, en relación con lo anterior, llega a la siguiente conclusión: ante la existencia

de una Ley —la Compilación de Derecho Civil de Baleares— que es la aplicable al supuesto fáctico planteado, cuyas previsiones aportan la solución legal, completa y adecuada al mismo, no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta, ni las normas supletorias establecidas en la propia Compilación Balear (a las que sólo podría recurrirse “en defecto de la Ley”, art. 1.3 Compilación); ni, menos, el Código Civil (última norma supletoria), cuya inaplicabilidad, por demás, resulta patente y si el régimen conyugal mallorquín está informado por un principio con fuerza expansiva propia (el principio de separación de bienes); que, en el peor de los casos, sería de aplicación preferente a dicho Código Civil, a efectos de colmar, por la vía de la integración, cualquier laguna detectable en la regulación del caso.

La estimación del recurso interpuesto por la entidad bancaria lo fundamenta la Sala del TSJ de Baleares en lo siguiente:

a) La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares es norma absolutamente preferente y exclusiva respecto al Código Civil, el cual —forzoso es repetirlo— sólo es aplicable en Baleares en aquellas materias que no están reguladas por la Compilación; y, respecto a las reguladas, sólo con carácter supletorio, en los términos ya expuestos.

b) Tal principio tiene como excepción o salvedad —por imperativo del art. 13.1 del CC— “las disposiciones del Título Preliminar... del Código Civil y las del Título IV del Libro I del mismo, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”. Pero forzoso es destacar enseguida que el artículo 1320 CC es ajeno a las normas “de aplicación general y directa”, y que por ello el aludido art. 13.1 CC no aporta cobertura alguna para su aplicabilidad (ni directa, ni supletoria) en Mallorca.

c) En Mallorca rige el sistema regulado y contenido en los artículos 3, 4 y 5 de la vigente Compilación de Derecho Civil de Baleares: Un sistema de separación de bienes,

que es muy anterior a la publicación del Código Civil —cuyas raíces se encuentran en el Derecho Romano justiniano y en el musulmán— y que, además, está profundamente imbricado en la tradición jurídica de la isla.

d) Dicho sistema no puede quedar desnaturalizado por la aplicación, a título de Derecho supletorio, de una norma, como la del artículo 1320 CC, que es extraña al mismo. Y ello, aunque ese artículo 1320 no sea incompatible con el régimen de separación de bienes regulado por el Código Civil, y, a su vez, tal régimen no difiera del sistema de separación contemplado en la Compilación Balear —como destaca la sentencia recurrida, para argumentar o razonar la aplicabilidad de dicho precepto—. No es admisible al respecto tal argumentación, por cuanto en ella se antepone la conclusión al razonamiento: Se repara, de entrada, en efecto, en la compatibilidad o incompatibilidad de tal artículo con el ordenamiento civil balear; sin, antes, haber constatado lo que verdaderamente interesa y es prioritario: Si existe, o no existe, una laguna o vacío a colmar que justifique el recurso a un derecho supletorio; por tanto, si tal laguna o vacío no existen —y éste es precisamente el caso que nos ocupa—, no hay razón alguna para pensar en Derechos supletorios, ni por tanto para plantearse aquella compatibilidad o incompatibilidad. Carece, pues, por ello, de toda virtualidad la argumentación de referencia.

e) Por todo lo cual, al haberse aplicado a un matrimonio sujeto al Derecho Civil de Mallorca, el artículo 1320 del Código Civil (aunque lo haya sido vía derecho supletorio), y no el régimen propio de estas islas, se han infringido, por falta de aplicación, los artículos 1, 2 y 3 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (además de haberse infringido por aplicación indebida el referido artículo 1320 CC); lo que determina, repetimos, la procedencia de la estimación del presente motivo.

Siguiendo con la metodología reseñada al principio, se cuestiona la Sala la posible existencia de otros cauces a través de los que

pudiera tener virtualidad en Mallorca una norma de contenido similar a la del debatido artículo 1320 del Código Civil. Perspectiva ésta que tiene especial interés desde el punto y el momento en que la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso alude, en apoyo de la tesis de su aplicabilidad, a principios de orden constitucional, cuales son, por un lado, el principio de protección de la familia contenido en el art. 39 CE y el principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer en orden al matrimonio del art. 32 CE. Tal planteamiento aboca enseguida a una cuestión, de matiz constitucional, que (aunque no ha sido abordada por las partes en momento alguno) merece aquí una referencia: ¿Hasta qué punto la Constitución Española exige una norma como la establecida por el art. 1320 CC. Y.... consecuentemente, hasta qué punto el art. 3.1 de la Compilación Balear podría ser inconstitucional por omisión, al no exigir el consentimiento del cónyuge para actos dispositivos sobre la vivienda familiar? Tal cuestión tiene, al criterio de la Sala, una clara y sencilla solución, una solución que se concreta recordando que la protección jurídica, económica y social de la familia, como principio rector de la política social y económica (art. 39 CE) puede darse de muchas maneras, y que ni dicho art. 39, ni el 32, ni ningún otro precepto imponen una medida concreta al efecto. Ello aparte de que el art. 53.3 de la propia CE establece claramente que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero (del que forma parte el art. 39 CE) informará la legislación positiva pero “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Por otro lado, es patente, que, respecto a la llamada “vivienda familiar”, el cónyuge no titular ostenta un simple “interés jurídicamente protegido” (—recuérdese, al respecto, la doctrina del TC diferenciando los conceptos de “derecho” o “interés jurídicamente protegido”—), cuya protección en base a los indicados principios constitucionales, implicaría el relegamiento y la preterición de

otros valores e incluso “derechos” constitucionalmente protegidos, como es concretamente el derecho de propiedad (art. 33 C.E.) al que se haría objeto de una nueva limitación.

Hay que concluir, pues, que ninguna sombra de inconstitucionalidad puede proyectarse sobre la regulación contenida en los artículos 3, 4 y 5 de la Compilación Balear, y que de los preceptos constitucionales invocados no fluye en modo alguno la necesidad de exigir el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda habitual familiar.

Por otro lado, debe destacarse, que el texto de la Compilación Balear, y concretamente su artículo 4.1 (establecedor de la afección de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares), en modo alguno constituye soporte adecuado

para estimar que en Mallorca deba exigirse el asentimiento del cónyuge no titular la realización de actos de disposición sobre la vivienda familiar. Ello, en primer lugar, por cuanto el concepto de “cargas familiares” se circunscribe a los gastos originados por el sostenimiento de los miembros de la familia, esposos e hijos, y la educación de éstos, acomodados a los usos y circunstancias de la familia: Es decir, gastos destinados al consumo o cuyo objeto primordial sea el disfrute por parte de la familia, pero no las operaciones destinadas a la inversión. Y, en segundo lugar, porque, de haberse así querido por el legislador, se hubiese plasmado en el artículo 4 de la misma Compilación, en el que, por remisión del art. 3.2, último inciso, se contienen las excepciones o salvedades a la regla general o principio de libre disponibilidad de los cónyuges sobre sus bienes.

2. Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación.

TSJ Navarra, Sentencia de 25 de septiembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Abárzuza Gil.

Los gastos de comunidad y mantenimiento de los bienes generados después de disuelta la sociedad de “conquistas” y antes de su efectiva liquidación deben incluirse en el pasivo de la sociedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 20 de octubre de 1993 se dictó sentencia de divorcio del matrimonio formado por D^a María Rosa y D. Carlos. En fase de ejecución se iniciaron los trámites de liquidación de la sociedad de conquistas, sin que se pudiese llegar a un acuerdo ante las discrepancias existentes en la formación de inventario.
- D^a María Rosa interpuso juicio declarativo de menor cuantía solicitando la liquidación de la sociedad de conquistas. D. Carlos se opuso a la liquidación propuesta por la parte actora.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella dictó sentencia con fecha 21 de abril de 1997 declarando el activo y pasivo de la sociedad.

- En grado de apelación, la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 1998, revocando en parte la sentencia de instancia en cuanto a la inclusión de determinados bienes y deudas.
- Dª María Rosa interpuso recurso de casación ante el TSJ de Navarra que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Estamos ante un típico procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial en el que se discute el carácter ganancial o privativo de determinados bienes y la inclusión en el pasivo de ciertas deudas. La cuestión que nos interesa comentar de esta sentencia está relacionada con los gastos de administración y mantenimiento de la sociedad postganancial.

¿Quién debe soportar los gastos de los bienes que ha venido disfrutando uno de los cónyuges, una vez disuelta por divorcio la sociedad legal de conquistas, en relación a los correspondientes a comunidad y gastos comunes del inmueble y los de mantenimiento del vehículo? La sentencia ha declarado que corresponden al pasivo de la sociedad, y la recurrente entiende que han de reputarse únicamente al demandado, que ha poseído y disfrutado de tales bienes, tras la disolución del matrimonio.

Para la debida resolución de la cuestión aducida por la recurrente es preciso, con carácter previo, determinar la naturaleza jurídica o el carácter del patrimonio o bienes que correspondieron a la sociedad legal de conquistas, disuelta “ope legis” por la sentencia firme de divorcio, pero aún pendiente de liquidación y distribución del activo que resulte entre cada una de las partes. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997, recogiendo la doctrina inserta en las de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992 declara que “durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua

masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el ‘totum’ ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros”.

Cuanto antecede, totalmente aplicable, en tal sentido, a la sociedad legal de conquistas, determina que la titularidad de los bienes aún no liquidados corresponde a la citada comunidad postmatrimonial y no a cada uno de los que fueron cónyuges, por lo que las cargas que se imputen a la mera titularidad o propiedad de aquéllos, así como los gastos mínimos de conservación y mantenimiento, tendentes a impedir un deterioro o destrucción de los bienes, corresponderán a la propiedad aún común de aquéllos, con independencia de quién o quiénes sean los directos usuarios ordinarios de los referidos bienes.

Tal conclusión se produce en otros supuestos en que, “de facto”, se halla disociada la propiedad o titularidad de un bien y el uso de éste, por cualquier título jurídico existente entre las partes, ello independientemente de que, derivado de la libertad de pacto, se haya determinado otra cosa.

Así pues, aplicando la mencionada doctrina al caso de autos, y en relación a los gastos de comunidad, la conclusión procedente devendrá de si éstos corresponden a la titularidad de la vivienda, con independencia de su uso, o incluso de la ausencia de éste, y no puede olvidarse que, tanto los gastos de comunidad como los de participación de las cargas comunes que corresponden a cada propiedad diferenciada en los supuestos de división horizontal, corresponden a la mera titularidad de aquélla, en proporción directa a su superficie, según resulta del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, entendiéndose que la posición de deudor de aquellos gastos la ostenta quien es propietario del inmueble en el momento en que se genera cada gasto concreto, pues las cuotas de la propiedad horizontal no son sino gastos de conservación de la cosa, por su carácter periódico y origen legal.

Similar conclusión ha de obtenerse en relación a los gastos que, estrictamente considerados, se refieran a la conservación y mantenimiento de otros bienes cuya titularidad “provisoria” corresponde a la singular co-

munidad postmatrimonial, a que anteriormente se ha hecho referencia, ya que redundan en el mantenimiento, o al menos en la falta de pérdida de valor de aquél, que, junto con los demás será objeto de liquidación y división entre quienes fueron cónyuges, de donde ha de concluirse que, al no redundar en beneficio de quien sea el usuario del mismo, sino del común han de formar parte del pasivo de éste.

En consecuencia, no se aprecia que la decisión contenida en la sentencia impugnada vulnere el ordenamiento jurídico, en especial el epígrafe 2 del apartado 1.º de la ley 84 del Fuero Nuevo, en relación a las obligaciones que eran de cargo de la sociedad de conquistas, ahora de la sociedad postmatrimonial, ya que los que son objeto de análisis derivan de la mera titularidad de los referidos bienes, sin que tampoco se observe la existencia de supuestos de injusticia notoria o enriquecimiento abusivo por el uso de los bienes por el recurrido. Por todo lo expuesto, ha de desestimarse el primer motivo de casación.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACIÓN

1.1. *Acreditada la quiebra o ruptura grave de la convivencia entre ambos cónyuges, procede decretar la separación en base al art. 82.1º del Código Civil, sin que exista base para imputar la causación de tal crisis a alguno de dichos esposos.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

El esposo demandado, D. Juan Carlos, se alza mediante el recurso de apelación, ahora analizado, contra la mentada resolución, impugnando, ante todo, su pronunciamiento principal, por el que se decreta la separación matrimonial de ambos cónyuges, y cuya revocación interesa, alegando la inexistencia de causa legal alguna para ello, ni menos imputable a él.

Debe decaer este primer motivo del recurso, toda vez que, como acertadamente se

señala por la Juzgadora de instancia en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia, del conjunto de la prueba practicada se evidencia una situación de quiebra o ruptura grave de la convivencia entre ambos cónyuges, fruto de un fracaso matrimonial derivado de conflictos no superados por ambos, situación subsumible entre los supuestos de la causa legal de separación contemplada en el nº 1 del art. 82 del Código Civil, sin que exista base para imputar la causación de tal crisis a alguno de dichos esposos.

1.2. Dentro de la causa del art. 82.1º debe incluirse las desavenencias que implican una imposibilidad de vida pacífica en común.

AP VALENCIA, Sec. 6ª, Sentencia de 19 de junio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Pérez Tórtola.

Tanto en el acto de la vista como en la contestación, el demandado se opone a la separación. Planteados así los términos del debate, y en relación con la primera de las cuestiones suscitadas a la luz de las alegaciones de las partes se pone de manifiesto una situación de ruptura, de quiebra de la convivencia, con deterioro tal que hace inviable vivir juntos, estado de cosas subsumible en el nº 1 del art. 82 del Código Civil (Sentencia de la Audiencia Provincia de Zaragoza de 22 de diciembre de 1994). Como es sabido existe jurisprudencia de las Audiencias Provinciales conforme a la cual el problema suscitado en los pleitos de separación conyugal, con independencia de la prueba concreta de las causas o motivos invocados por la parte actora, viene íntimamente ligado con la desaparición de la “affectio maritalis” porque, evidentemente, no puede imponerse una convivencia matrimonial no deseada, todo ello dentro de una amplia interpretación sostenida por la doctrina jurisprudencial a propósito de lo dispuesto en el art. 82.1 (SAP de Palencia, de 25 de abril de 1994, de 21 de julio de 1994, de 16 de septiembre de 1994). Ante una situación

grave de crisis matrimonial se revela la existencia de desavenencias entre los esposos y violaciones graves de los deberes conyugales tales como el respeto mutuo y la convivencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 82.1 del Código Civil; la sentencia del Tribunal Constitucional 73/1982, de 2 de diciembre, señala que las infracciones de los deberes derivados de la relación jurídica conyugal, que el legislador toma en cuenta para justificar la demanda de separación, no necesitan una estricta y completa tipificación (SAP de León, de 30 de noviembre de 1994). La interpretación que acude al criterio sociológico mantenido en el art. 3.1 del Código Civil conduce a considerar las desavenencias que implican una imposibilidad de vida pacífica en común como equivalentes a la causa primera del art. 82 del Código Civil para decretar la separación de los cónyuges; se percibe un ambiente de ruptura de la vida común que hace muy difícil, si no imposible, el cumplimiento de los deberes y derechos del matrimonio (SAP de Jaén de 29 de septiembre de 1994, y de 20 de julio de 1994).

2. DIVORCIO

2.1. No concurre la causa de divorcio del art. 83.1º, cuando queda acreditado que el esposo acudía regularmente a la vivienda, aunque sólo fuera para dormir, ya que esta circunstancia revela que los lazos entre los esposos no estaban rotos del todo.

AP LAS PALMAS, Sec. 4ª, Sentencia de 3 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana.

Según el art. 86.3, inciso 1, es causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, 2 años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho. Se trata de una causa habilitadora de la disolución del matrimonio encaminado a convertir en divorcio la separación de hecho por mutuo consentimiento que exige como elemento absolutamente decisorio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante un período de tiempo más o menos largo —en este supuesto 2 años, en el de las causas 1ª y 2ª del referido precepto 1 año y en el art. 86.4, 5 años— “de tal manera que esa situación de hecho signifique y revele que la voluntad de uno o de ambos cónyuges no es el resultado de una decisión brusca y momentánea sino la expresión consciente y deliberada y por lo tanto firme de la imposibilidad de una convivencia matrimonial”.

La inmensa mayoría de las sentencias que componen la llamada “jurisprudencia menor” de las Audiencias Provinciales, identifican “separación de hecho” con salida o abandono del hogar, en línea con la expresión de un reputado civilista patrio que la caracteriza como “apartamiento entre ambos esposos” que revela la idea de alejarse o retirarse. Ciertamente, sin embargo, que en algunos casos se considera compatible el cese

de la convivencia conyugal con la cohabitación bajo el mismo techo de los esposos, pero ello únicamente se admite en aquellos supuestos en que dicha situación venga impuesta por razones de necesidad o de imposibilidad económica del cónyuge de vivir en un domicilio independiente.

En el presente caso ha quedado debidamente acreditado (por la declaración de los testigos propuestos por la demandada) que la esposa vivió en la casa familiar hasta finales del año 1994. Y si bien puede resultar cierto que únicamente lo hacía para dormir, no deja de sorprender el hecho de que ganando el esposo más de 80.000 ptas. mensuales, no hiciera vida independiente. En definitiva, la circunstancia de acudir regularmente el actor a la vivienda conyugal revela que los lazos entre los esposos no estaban rotos del todo o, cuando menos, no lo suficiente para asimilar dicha conducta a una separación de hecho que faculte para instar el divorcio por el mero transcurso de un cierto tiempo de cese efectivo de la convivencia conyugal.

Por lo que respecta a la certificación del Ayuntamiento, la referencia que en la misma se contiene a que “según la Policía Municipal” los esposos se hallaban separados de hecho desde el año 1990 es tan vaga e imprecisa que carece de cualquier eficacia probatoria a los efectos del número 3 del

artículo 86 del Código Civil. Por lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, con expresa

imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. NULIDAD

3.1. Procede declarar la nulidad del matrimonio cuando, acreditada la existencia de un primer matrimonio, el demandado no prueba su disolución. Concesión de la indemnización del art. 98 del CC.

AP BURGOS, Sec. 2ª, Sentencia de 29 de septiembre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Arabela García Espina.

Se ejercita por el esposo la acción de nulidad del matrimonio civil que contrajo con Dª C. por cuanto ésta en dicha fecha estaba ligada por vínculo matrimonial anterior, el canónico celebrado en Cartagena (Colombia) el 23 de abril de 1988 con D. G.

La demandada reconoce la realidad de su matrimonio canónico, incluso aporta un acta notarial en el que consta la manifestación de su esposo colombiano de haberse separado en 1992, con lo que está reconociendo implícitamente que ese matrimonio produjo plenos efectos civiles, para lo que bastaba su inscripción en el Registro Civil correspondiente conforme a la legislación colombiana.

Al no haberse aportado prueba ninguna de la disolución del matrimonio, por divorcio, hecho que no solo no se ha probado por la demandada ni se ha intentado adecuadamente, ya que si bien es cierto que le fue denegado el periodo extraordinario de prueba, pudo haber propuesto la que estimase conveniente en esta segunda instancia y no lo hizo, sino que ni siquiera se ha afirmado por la demandada en sus escritos, en los que se limita a sostener que el actor no prueba la vigencia del matrimonio celebrado en Colombia, se ha de concluir que en el momento de contraer matrimonio con el actor, estaba vigente

el primer vínculo matrimonial. No hay que olvidar que al actor conforme al principio de la carga de la prueba, le basta con demostrar el hecho del matrimonio, sin que pueda exigírsele probar un hecho negativo, debiendo la demandada acreditar el hecho positivo de la disolución del matrimonio.

Concurre por tanto la causa nº 2 del artículo 73 del Código Civil para declarar nulo e inexistente el matrimonio contraído por los litigantes, al estar la demandada unida por vínculo matrimonial previo, de acuerdo con el artículo 46.2 del mismo texto legal.

Con relación a las consecuencias patrimoniales que se derivan de la declaración de nulidad del matrimonio contraído por los litigantes, se ha de confirmar la calificación del actor como cónyuge de buena fe, pues no hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 71 del Código Civil y artículo 79 del mismo texto legal, esta se presume, y no se ha probado que el actor conociera la existencia del matrimonio anterior de la demandada, y no obstante lo cual consintiera en la celebración del matrimonio que ahora se declara nulo.

La calificación de cónyuge de mala fe de la demandada, que oculta al actor la existencia de un previo vínculo matrimonial vigen-

te no deja lugar a dudas. Con base en esa declaración de cónyuge de mala fe la demandada solicita al actor una indemnización al amparo de lo dispuesto en el artículo 98 del Código Civil, que es fijada por el Juez de Instancia en 200.000 ptas., y que la demandada recurrente solicita en su recurso de apelación se deje sin efecto. También la defensa del actor en el acto de la vista solicitó se elevara hasta la cuantía suplicada en la demanda de 1.250.000 ptas., pretensión que no procede siquiera analizar ya que no habiendo interpuesto recurso de apelación ni habiéndose adherido al de la demandada, carece de facultad para formular pretensiones, debiendo considerarse conforme con la sentencia.

Partiendo de la consideración de que la indemnización prevista por el artículo 98 del Código Civil a favor del cónyuge de buena fe y a cargo del cónyuge de mala fe debe ser entendida como una reparación económica equilibradora de los desajustes que pueda ocasionar la declaración de nuli-

dad del matrimonio, y probada la existencia de convivencia conyugal y atendiendo a las circunstancias expresadas en el artículo 97, habrá que estimar adecuada la señalada por el Juez de Instancia, considerando la escasa duración del matrimonio y convivencia matrimonial, que la demandada con sus hijas se traslado al domicilio del actor, que el actor le compró una vespino, que la demandada trabajó y trabaja en la actualidad, que el actor era pensionista, dedicándose a la producción de carbón que le proporcionaba algunos ingresos, y la diferencia de edad entre el actor y la demandada, aquel nació en el año 1936 y esta en 1970.

Declarada la mala fe de la esposa, es precedente, de acuerdo con el artículo 95 del Código Civil, la disolución del régimen económico matrimonial, y el actor podrá optar por aplicar en su liquidación las disposiciones relativas al régimen de participación y la demandada no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su cónyuge.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *Las deterioradas relaciones existentes entre ambos progenitores no revisiten el carácter de causa grave y con entidad suficiente para privar al padre del ejercicio de la patria potestad, conviniendo, por el contrario, a los intereses del menor, que deben primar siempre, la restitución al padre de dicho ejercicio.*

AP CÓRDOBA, Sec. 3ª, Sentencia de 29 de octubre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana María Sánchez García.

Por el recurrente se solicita la revocación del pronunciamiento relativo a la privación al padre del ejercicio de la patria potestad, decisión basada “en que la relación personal

entre los litigantes parece muy deteriorada”. En este sentido, afirma el Tribunal Supremo “El art. 154 C. Civil inspirándose y declarando el principio del beneficio de los hijos como fin último de la institución, establece las funciones de los padres en el ejercicio de la patria potestad, en su doble carácter de deberes y derechos, conforme a la declaración constitucional del art. 39.3 de nuestra Carta Magna”. Este precepto, reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, siguiendo las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que como inherentes a dicha patria potestad, en asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos, y, en definitiva la determinante para la decisión del litigio es lo establecido en el art. 170 C. Civil en punto a que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma” (STS 25 de junio de 1994) especialmente ilustrativa por la Jurisprudencia del TS que contiene es la sentencia de 14 de junio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que afirma: “Concebida la patria potestad como una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle la ‘asistencia de todo orden’ a que se refiere el art. 39.3 de la Constitución Española, todas las medidas judiciales relativas a

ella han de adoptarse, considerando primordialmente, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el ‘interés superior del hijo’ (artículos 3.1, 4 y 18.1) en cuyo beneficio está concebida y orientada esta institución (Sentencias de 23 de julio de 1987, y 12 de febrero de 1992 del Tribunal Supremo, por todas)’. Desde esta premisa, la privación de la patria potestad, que por su gravedad ha de refutarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerado sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección.

En suma, la privación judicial de la patria potestad exige: a) Existencia y subsistencia, plenamente probada —sentencia de 25 de junio de 1994 del T.S.—, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla. b) La razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.” En el caso concreto que ahora nos ocupa, las deterioradas relaciones existentes entre ambos progenitores, no reviste, en virtud de lo antes expuesto, el carácter de causa grave y con entidad suficiente para privar al padre del ejercicio de la patria potestad, conviniendo, por el contrario, a los intereses del menor, que deban primar siempre, la restitución al padre de dicho ejercicio.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. No procede modificar la guarda y custodia cuando queda acreditado que el menor ha permanecido con el padre durante los dos últimos años y la madre no ha demostrado con sus actos un seguimiento acerca de la vida del niño.

AP VALENCIA, Sec. 9ª, Sentencia de 1 de junio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Eva Blázquez Valdivieso.

Teniendo presente que la juzgadora de instancia estableció la custodia del menor a la madre sustentándose para tal decisión en una visión tan sólo parcial de las conclusiones del informe psicosocial, no de un análisis global y homogéneo del mismo junto con el resto de factores concurrentes y sus posibles repercusiones en la vida del menor, esta Sala no puede compartir totalmente los razonamientos jurídicos que se recogen en la Sentencia apelada; y así, atendiendo a los datos puntuales del caso presente, entre otros, que el niño habría permanecido más de dos años conviviendo con su padre en el domicilio conyugal sito en Sedavi, donde tiene, por otro lado, sus amigos y centro es-

colar, no existiría una razón de peso para modificar sus circunstancias cotidianas, otorgando su custodia a la madre, máxime cuando ésta no tiene su domicilio en la referida localidad, sino en Valencia y no ha demostrado con sus actos un seguimiento acerca de la vida del niño, como así lo constató el informe del gabinete psicosocial, por lo que, en atención al mismo, el niño deberá permanecer en la vivienda familiar junto al cónyuge custodio (en este caso, el padre) concluyéndose expresamente que los objetivos en favor del bienestar del niño serían difíciles de conseguir si el menor se instalase en Valencia con la madre.

2.2. No procede atribuir la guarda y custodia compartida, ni la alternancia en los sucesivos cursos escolares.

AP MADRID, Sec. 22ª, Sentencia de 2 de octubre de 1998.

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

La denominada custodia compartida, que se solicita subsidiariamente, sólo es viable

en un entorno de convivencia de los procreadores, por lo que dicho litigante parece

más bien referirse, a tenor de su planteamiento, a una alternancia, en los sucesivos cursos escolares, en el cuidado cotidiano de la prole. Pero dicha propugnada solución se hace de difícil viabilidad en las hipótesis, cual acaece en el caso presente, en que las relaciones de los progenitores ofrecen continuos enfrentamientos, sin perjuicio de los criterios dispares en la educación de los hijos, que podrían afectar a la estabilidad de los mismos, cuando no gravemente a su for-

mación. Por lo cual establecer un status cual el propugnado, implicaría, en principio, correr unos riesgos que deben ser evitados en aras precisamente del prevalente “bonum filii”, sancionado como principio fundamental en el artículo 39 de la Constitución, y desarrollado, a nivel de ordinaria legalidad, por los artículos 92 del Código Civil y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Teniendo en cuenta la edad de la menor —14 años— y que sólo ha visto a su padre en una fotografía no procede fijar régimen de visitas hasta tanto en ejecución de sentencia el padre demuestre el interés por la hija y, en este caso, su fijación sería de forma progresiva.*

AP BARCELONA, Sec. 18ª, Sentencia de 13 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

El presente recurso de apelación se centra en dos de las medidas consecuencia del divorcio: a) la pensión alimenticia en favor de la hija del matrimonio, impugnada por ambos litigantes, bien por estimarla excesiva y desmesurada el padre, bien por considerarla insuficiente la madre, solicitando, en el acto de la vista, respectivamente, su minoración o su aumento; y b) el régimen de vistas acordado en la resolución de instancia, que se impugna por la madre por inapropiado, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, dado que la hija no conoce siquiera a su padre, y por tanto solicita un régimen de contacto y comunicación padre hija flexible y progresivo, a determinar en ejecución de sentencia en función del resultado de la incipiente relación paterno-filial.

En orden al régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia, asimismo impugnado por la madre, este Tribunal quiere ante todo constatar que, pese a la conveniencia de acordar un régimen de comunicación en toda relación paterno filial y de ahí que se estime lógica la decisión adoptada por la Juez “a quo”, en el presente caso no pueden desconocerse dos hechos o datos trascendentes y realmente importantes, cuales son: la edad de la hija —en la actualidad tiene 14 años— y que ésta no conoce personalmente a su padre, ni siquiera lo ha visto nunca —sólo en fotografía—, tal como resulta de todo lo actuado y de la propia exploración de la menor (folio 220). Por ello, la Sala entiende que no se puede imponer un régimen de comunicación y contacto entre el padre y la hija, cuando ha existido por parte de aquél

una total dejación del derecho-deber que como progenitor le correspondía y por tanto no se ha establecido círculo afectivo alguno entre ambos, siendo imputable tal situación al padre, que es quien debía de haber tomado la iniciativa para comunicarse con su hija, por lo que, aunque ciertamente el progenitor tiene derecho a que se señale un régimen de visitas para contactar con su hija, éste no es incondicionado en su ejercicio, sino subordinado al interés o beneficio del hijo (art. 94 del CC), y no puede olvidarse ni minusvalorarse el derecho de la hija a no serle impuesta la comunicación y la compañía de un progenitor con el que no ha llegado a establecer este vínculo afectivo originario, por lo que la voluntad y consentimiento de ésta resulta esencial para que pueda iniciarse la relación paterno-filial, pues, a diferencia de los supuestos en que el menor es de corta edad, en los que puede intentarse regularizar o trabar una relación padre hijo con cierta normalidad, en el presente caso, al ser la hija una adolescente de 14 años de edad, con plena capacidad de discernimiento, no puede serle impuesto un régimen de vistas más o menos normalizado, pues en esta concreta etapa de su vida —la adolescencia— puede resultar incluso contraproducente para su adecuado desarrollo integral, y de ahí que deba respetarse su

deseo, manifestado en la exploración, de “verlo muy esporádicamente” (folio 220). Ahora bien, si el progenitor muestra una voluntad de cumplir con sus obligaciones de padre y especialmente de acercamiento a la hija, y paulatinamente va ganándose su aprecio, su confianza y su respeto, aparte de que así podrá fluir espontáneamente el afecto paterno filial, podrá en el futuro fijarse un régimen de visitas, y así, acorde con lo solicitado por la madre recurrente, este Tribunal entiende que no se puede establecer ninguno en la actualidad, atendido el total y absoluto desconocimiento de la menor respecto de la persona de su padre, máxime cuando éste en los 14 años de existencia de aquella “nunca ha intentado ponerse en contacto con ella” (mismo folio 220), acordándose así que el régimen de contacto y comunicación padre hija sea establecido en ejecución de sentencia del presente procedimiento, si el progenitor lo solicita expresamente y demuestra, cual se ha apuntado, su interés por la hija, el cual deberá fijarse de forma progresiva en función del resultado de la incipiente relación y atendiendo siempre a lo que sea más beneficioso para la menor, en base al principio del “favor filii”, lo que comporta, en definitiva, la estimación de tal motivo del recurso formulado por la demandada.

3.2. Teniendo en cuenta que las reticencias de los menores a relacionarse con su padre carecen de una justificación que deba ser acogida por los tribunales como causa de suspensión del régimen de visitas, y que dicha relación es necesaria y obligatoria, procede reanudarlo de inmediato.

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 20 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La parte actora sostuvo ante la Sala el recurso contra la resolución de instancia, expresando como único motivo la vulnera-

ción de lo dispuesto en el art. 359 de la LEC, toda vez que en la ejecución instada no se resolvió lo peticionado por la parte actora

respecto a la reanudación del régimen de visitas paterno-filial, limitándose la resolución del juzgado que es objeto de impugnación, así como las que le precedieron, a resolver la pretensión económica que, a modo de reconvencción, formuló la representación de la parte demandada al serle dado traslado del escrito inicial del presente incidente de ejecución.

El enjuiciamiento de la pretensión deducida en la alzada requiere consignar el “iter procesal” de la ejecución que, en lo sustancial, es el siguiente: a) mediante escrito de fecha 12 de marzo de 1996 el actor puso en conocimiento del juzgado que no se cumplía el régimen de visitas paterno-filial establecido en la Sentencia de divorcio de fecha 4 de febrero de 1993, respecto a los hijos comunes, imputando tal incumplimiento a la falta de colaboración de la demandada; b) al conferirle traslado a la misma, solicitó que el régimen de visitas se reanudara en forma progresiva y, en sede del mismo escrito, formulando una atípica reconvencción irregular, solicitó la ejecución de la sentencia respecto a determinadas deudas por atrasos que el actor le adeudaba en concepto de alimentos; c) mediante providencia de 2 de septiembre de 1996 se dispuso que interviniera el gabinete psicosocial forense, que emitió informe el 8 de enero de 1997, tras el cual el juzgado únicamente se limitó a resolver la pretensión económica del demandado, sin realizar pronunciamiento alguno en lo que se refiere a la petición inicial relativa al régimen de visitas, lo que constituye el objeto del presente recurso.

El art. 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial manda que las sentencias han de ser cumplidas en sus propios términos, lo que, en el caso que se enjuicia, representa que el régimen de visitas paterno-filial establecido en la sentencia firme de divorcio ha de ser cumplido, por interés y en beneficio de los hijos menores, a quienes la privación “de facto” de la figura paterna sin que exista motivo alguno que lo justifique, puede deparar perjuicios psíquicos relevantes.

A la vista del informe emitido por el gabinete psicosocial, es notorio que las relaciones entre los hijos menores y el padre se encuentran interrumpidas por la propia voluntad de los hijos de no relacionarse con el padre y la actitud de la madre, que respeta la decisión adoptada por los hijos.

Las reticencias de los menores a comunicarse con el padre carecen de una justificación grave que deba ser acogida por los tribunales como causa de suspensión judicial del régimen de visitas, por lo que ha de entenderse que, en tanto no alcancen la mayoría de edad, tal relación es necesaria y obligatoria, alcanzando la responsabilidad de que se lleven a cabo a todos los miembros de la familia, pues el interés del menor, definido de forma objetiva, conlleva la facilitación del necesario contacto de los hijos con los dos progenitores, tal como establece el art. 6 de la Convención Universal de los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989 de la Asamblea General de la ONU, aun cuando la voluntad de los menores sea inicialmente contraria a tales relaciones, dado que la subjetividad e influenciabilidad de las opiniones que puedan formular los propios interesados han de ser analizadas con arreglo a las normas de la sana crítica, sin que puedan prevalecer deseos o rechazos injustificados, frente a lo que los tribunales consideren en cada caso apropiado para garantizar el desarrollo integral de la personalidad del menor. En tal orden de cosas constituye responsabilidad del progenitor que tiene conferida la guarda y custodia del menor propiciar la relación con el progenitor no custodio, como una de las obligaciones que atañen más directamente al desempeño de su función, pudiendo constituir el incumplimiento de tal deber causa de alteración del régimen de guarda y ejercicio de la patria potestad, habida cuenta de las nefastas consecuencias que puede deparar para los hijos, no sólo que no se les enseñe el respeto a sus progenitores, sino que no se tenga la suficiente capacidad para imponer a los mismos una actuación recta y consecuente con

las obligaciones que, como la que se enjuicia, no sólo derivan de la ley, sino también de los más elementales principios del derecho natural.

En consecuencia con lo anterior, procede estimar el recurso formulado y disponer que el régimen de visitas paterno-filial sea restablecido con carácter inmediato, en la forma en la que se determina en la parte dispositiva, debiendo el juzgador de instancia adop-

tar las medidas que procedan para su cumplimiento efectivo, no sólo propiciando la comprensión de la decisión por parte de los menores con la colaboración de los servicios psicológicos del juzgado, sino también adoptando las medidas coercitivas que procedan incluido el requerimiento al progenitor custodio de que con su actitud de no colaboración en la realización de las visitas paterno-filiales podrá incurrir en delito de desobediencia.

3.3. No procede fijar por ahora régimen de visitas a favor de la madre teniendo en cuenta el largo periodo en el que ha estado sin relación ni contacto alguno con el hijo. Procede atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad al padre.

AP MADRID, Sec. 22ª, Auto de 9 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

En el acto de la vista la parte apelante con revocación del auto de 25 de febrero de 1995 ha interesado que se reponga a la esposa en la patria potestad y se señale un régimen de visitas a su favor, en términos usuales; alegó que nunca supo nada sobre la citación a comparecencia y niega que haya existido despreocupación por su parte respecto del hijo.

Equivoca la parte apelante los términos del debate por cuanto que la resolución impugnada no priva a la madre del menor de la patria potestad, si bien, otorgando la guarda y custodia al padre, y dada la situación personal y familiar, otorga a este el ejercicio exclusivo de esta función, por considerar que es la decisión que mejor protege el interés del menor, de modo que las referencias a la falta de causa para la privación de la patria potestad no son válidas, pues es posible legalmente atribuir el ejercicio exclusi-

vo de la misma sin adoptar tan grave medida, reservada para los supuestos señalados en el art. 170 del CC; se ha de ir a los arts. 154 y 156.2º del CC para entender ajustada a derecho la decisión adoptada por cuanto que por ausencia de uno de los cónyuges es posible el ejercicio exclusivo de la patria potestad por el otro, con el que convive el menor, y cierto es que, a solicitud del otro cónyuge, es posible acordar su ejercicio conjunto, pero teniendo presente el interés y beneficio del menor, de modo que si esto último exige la suspensión de tal facultad habrá que prorrogar tal suspensión hasta tanto la situación personal y familiar de dicho cónyuge varíe a mejor y para integrar al hijo en un ambiente y circunstancias que permitan el adecuado desarrollo de aquél en todos los órdenes, pues “a priori” ha de pensarse que tal situación no es irreversible, lo que avocaría en la aplicación del art. 170.

En cuanto a las razones argumentadas para justificar tal decisión la Sala hace suya la valoración de las circunstancias, que se contiene en el auto apelado a propósito del largo periodo en el que la madre se encuentra sin relación ni contacto alguno con el hijo, y así se señala por esta en su inicial escrito, así como la falta de asistencia a los actos procesales practicados en el procedimiento, el no sometimiento a la prueba pericial sicofamiliar; en suma no hay dato probatorio que permita acceder a lo que se pide, como tam-

poco se justifica ahora el señalamiento de un régimen de visitas en razón a dicha falta de contacto y relación entre la madre y el hijo, considerándose ahora negativo y perjudicial instaurar un sistema de visitas normalizado; en todo caso tal decisión no supone cerrar o impedir la posibilidad de futuro de iniciarlas, en su momento procesal, que no tiene por qué ser el del procedimiento matrimonial, pero siempre que concurra un cambio de circunstancias y con los controles personales y sociales correspondientes.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Teniendo la vivienda carácter ganancial, durante la sustanciación del procedimiento matrimonial ambos tendrán que abonar el 50% de las cuotas de la hipoteca que pesan sobre el inmueble.*

AP BARCELONA Sec. 18ª, Sentencia de 20 de octubre de 1998 **Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.**

La presente apelación se centra de forma exclusiva en el particular de la sentencia de instancia que no señala cantidad alguna a la esposa en concepto de levantamiento de cargas del matrimonio y en concreto en la denegación de la solicitud por parte de ésta de que el marido satisfaga la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda que fue conyugal y que es propiedad de ambos consortes. Como bien ha indicado la recurrente en el acto de la vista, la Juez “a quo” ha incurrido en error al considerar que dicho gasto debe ser sufragado por la esposa e hijos del matrimonio, por ser a ellos a quienes se atribuye el uso y disfrute de la vivienda, pues la hipoteca grava precisamente la propiedad del bien y no su derecho de uso, lo cual resulta asimismo, en ma-

teria de usufructo, del art. 509 “a contrario sensu” del CC. Pero es más, la hipoteca, obviamente, entra dentro del concepto de cargas del matrimonio, pues aunque el legislador no hace una especificación de cuáles son éstas, como tales hay que entender, todos aquellos gastos generados durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el art. 1318 del CC afecta los bienes de los esposos, al expresar: “...los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio...”, y de ahí que la carga con que se gravó la adquisición de la vivienda que constituyó el hogar familiar, en tanto no se proceda a la liquidación del régimen económico matrimonial, ha de ser soportada por ambos cónyuges, lo contrario implicaría una

situación de enriquecimiento injusto en beneficio de uno de ellos, en este caso del marido, quien aduce para no tener que soportar esta carga que él ya paga un alquiler del piso en que habita, lo cual resulta jurídicamente irrelevante y nada tiene que ver con la cuestión aquí debatida, pues, como antes se ha apuntado, no puede ni debe confundirse el derecho de dominio con el de uso. En consecuencia, procede acoger la tesis de la esposa apelante de que el marido abone la mitad de las cuotas mensuales de amortización previstas en la escritura de constitución de la hipoteca que grava la vivienda que constitu-

yó el domicilio conyugal y que es propiedad de ambos esposos —que por ser éstas de interés variable su importe no es el mismo cada mes, ascendiendo el último del que hay constancia en autos, a 29.368 pts.—, las cuales (esto es, su mitad) deberá abonarse mensualmente a la esposa, bien de forma directa, bien mediante ingreso en la cuenta corriente que a tal efecto ésta designe; lo que comporta, en definitiva y sin necesidad de mayores consideraciones, la estimación del recurso formulado y la correlativa revocación parcial de la sentencia impugnada.

2. *No procede hacer atribución del uso de la vivienda familiar cuando ambos cónyuges han mostrado su voluntad de proceder a la venta de la misma.*

AP BARCELONA Sec. 18ª, Sentencia de 21 de octubre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Margarita Noblejas Negrillo.

Impugna la parte apelante la sentencia de autos, en un principio tan sólo el pronunciamiento de la misma relativo a la cuantía de los alimentos del hijo común a cargo del demandado, por estimarla escasa a la vista de los ingresos reales del mismo; peticiona en definitiva 60.000 pts/mes, suma que viene a coincidir con la solicitada en su demanda que incluía dos conceptos, 35.000 pts. para alimentos al hijo, y 25.000 pts. para levantamientos de las cargas del matrimonio, dado que la sentencia no le otorga el domicilio conyugal y ha de alquilar una vivienda. El Ministerio Fiscal la impugna a su vez en cuanto a este pronunciamiento referente a la no adjudicación de la vivienda a la esposa a la que se atribuye la guarda y custodia de dicho hijo, de conformidad con el art. 96 CC.

Por lo que se refiere al primer extremo, del examen de las pruebas obrantes en autos se desprende (fol. 249), que el demandado

percibe un sueldo mensual de 143.000 pts./mes, en tanto que la apelante otro de 89.922 pts./mes, no habiendo quedado acreditado otro ingreso por ninguno de ellos. Tales circunstancias nos llevan a estimar como justa, ponderada y equitativa a la regla de proporcionalidad establecida en el art. 146 del CC, la cantidad establecida por dicho concepto en la sentencia apelada, es decir, la de 25.000 pts./mes, por lo que el motivo que se examina debe ser desestimado.

En cuanto al recurso formulado por el Ministerio Fiscal, en un principio debería ser estimado a la vista de la claridad y precisión del art. 96 CC sobre el particular. Ahora bien, esta consecuencia no puede obviar las vicisitudes acaecidas a lo largo del proceso de separación y del propio procedimiento a los que, en síntesis, hemos de hacer referencia.

En la vivienda conyugal está viviendo en la actualidad el demandado puesto que aquella fue dejada por la apelante. Consta acreditado que el esposo ha venido haciendo gestiones para la venta de la misma, a lo que la apelante no se opuso. Tales circunstancias ya fueron tenidas en cuenta al dictarse el Auto de fecha 9 de mayo de 1997, que adoptaba las medidas provisionales, entre cuyos pronunciamientos se acordó que a la vista de todo ello, procedía no acordar sobre la atribución del uso de la misma y facultar a los cónyuges para que pudieran ejercitar las acciones derivadas del art. 400 CC en cuanto a la liquidación de la propiedad común, solución que estimaba más equitativa para dar efectiva resolución a los intereses en juego. Ahora bien, puesto que el esposo ocupaba efectivamente la vivienda, era él quien debía hacerse cargo de las cuotas hipotecarias, gastos e impuestos del piso de propiedad común hasta que no se hiciera efectiva la venta de la misma, en provecho de ambos y mientras efectivamente la ocupase, procediendo a partir del momento en que la desalojara el que tales gastos habrían

de ser soportados por mitad. Tal resolución la relaciona la demandante en el acto de la vista con las 25.000 pts. que en su demanda solicitó por el concepto de cargas del matrimonio, pidiendo se hiciera referencia a dicho Auto en la presente resolución.

Estima esta Sala, que la claridad y exactitud de la misma, a todas luces equitativa y justa, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, sobre todo la manifestación de la demandante apelante en el acto de la vista de que ella lo que realmente quería era que la vivienda se vendiera, debe llevarla a que el recurso formulado por el Ministerio Fiscal deba ser parcialmente estimado, es decir, que aun sin atribuir la vivienda al hijo común y a la esposa, tal y como legalmente le correspondería, se mantenga la no atribución con la precisión establecida en el Auto de medidas provisionales a fin de evitar retrasos en dicha venta por parte del apelado, que continúa beneficiándose del domicilio que fue familiar, lo que conlleva la revocación parcial de la sentencia apelada en cuanto a los gastos hipotecarios y demás que gravan aquella.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *La alegación de que el progenitor se encuentra en desempleo no es motivo para eximirle de su obligación alimenticia respecto al hijo menor de edad.*

AP BARCELONA Sec. 18ª, Sentencia de 9 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

La presente apelación se centra exclusivamente en la medida relativa a la pensión alimenticia fijada a cargo del padre y en favor de su hija Elisa, con fundamento en que él en la actualidad se halla en situación de desempleo y no percibe prestación de clase

alguna, subsistiendo gracias a la ayuda de su actual compañera sentimental, y además tiene otra hija de un anterior matrimonio a la que asimismo viene obligado a prestar alimentos, por lo que estima le es aplicable el art. 152.2º del CC.

No puede olvidarse ni desconocerse que el deber de dar alimentos es de derecho natural y que es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 de la CE, amén de que tal deber resulta por modo inmediato del hecho de la procreación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad —art. 154.1º CC—, y, por tanto, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria por parte de los progenitores existe incondicionalmente, sin que entre en juego, según la doctrina mayoritaria, lo dispuesto en el art. 152 del CC. Esta tesis viene recogida y avalada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993, al proclamar que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presente una marcada preferencia —así, art. 145.3º— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando de la relación paterno filial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados, por lo que para el caso de hijos menores de edad resulta procedente la superación del uso de las

pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación valorando todas las circunstancias concurrentes.

Haciendo aplicación práctica del anterior contexto normativo jurisprudencial al supuesto enjuiciado, es de concluir en la procedencia de la obligación alimentaria de la hija menor de edad por parte del progenitor no custodio, pues, aparte de venir obligado a ello por tratarse de un deber consustancial e inherente a su paternidad, lo cierto es que en el presente caso, cual indica con sumo acierto la Juez “a quo”, la invocada situación de desempleo ha sido provocada por el propio apelante, quien causó baja voluntaria en la empresa donde trabajaba, tal como él mismo ha reconocido en la prueba de confesión judicial absolución a la posición 7ª (folio 133 en relación con el 131), lo cual es “per se” determinante de la desestimación de su pretensión, siendo de añadir “ex abundancia” que el pago de la pensión alimenticia de la hija no puede venir condicionado ni supeditado en absoluto al cumplimiento del régimen de visitas que ostenta el padre respecto a la menor. Corolario de lo hasta aquí expuesto es la desestimación del recurso formulado y la íntegra confirmación de la sentencia impugnada.

2. *Procede declarar extinguida la pensión alimenticia del hijo mayor de edad que no convive en el domicilio familiar y que compatibiliza sus estudios realizando un trabajo por el que percibe ingresos superiores al salario mínimo.*

AP BARCELONA, Sec. 18ª, Sentencia de 2 de octubre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Mª García Esquius.

Frente a la sentencia de instancia que suprime la pensión alimenticia reconocida a favor de uno de los hijos, Daniel, al haber

alcanzado éste la mayoría de edad y vivir independiente, se alza la apelante alegando que no ha resultado acreditado que el hijo

viva de forma independiente, sino que se encuentra estudiando en Barcelona, motivo por el cual comparte piso con unos compañeros para ganar tiempo y poder compaginar estudios y trabajo y que puesto que todavía se halla estudiando, debe mantenerse la obligación del alimentante de satisfacer la pensión. No cabe duda alguna que el mero hecho de que un hijo haya alcanzado la mayoría de edad no es motivo para la terminación de la obligación alimenticia, ya que el art. 142 del CC mantiene la necesidad de asignación de alimentos para los hijos que aun siendo mayores siguen conviviendo en el domicilio familiar y carecen de ingresos propios. Pero la obligación legal de alimentos de los hijos mayores sólo tiene razón de ser en los casos en que se justifique la necesidad y no cuando el hijo está ya en condiciones de obtener o ayudar a su propia autonomía económica y tras la reforma del art. 93 del CC por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que añadió un segundo párrafo al precepto, no ofrece duda alguna la procedencia de fijar alimentos a los hijos mayores

de edad o emancipados en la sentencia que declare la nulidad, la separación o el divorcio de sus progenitores, siempre que se cumplan dos condiciones: 1ª) que los hijos acreedores convivan en el domicilio familiar, y 2ª) que carezcan de ingresos propios. En el caso que nos ocupa se dan “a sensu contrario”, los dos requisitos: 1ª) el hijo vive de forma independiente y 2ª) tiene ingresos propios provenientes de su trabajo personal. Consta acreditado que el hijo realiza una actividad remunerada, siendo su salario superior al mínimo interprofesional. La alegación de que Daniel vive en Barcelona por razón de sus estudios carece de entidad suficiente para justificar un traslado de domicilio, pues encontrándose el domicilio familiar en la localidad de Molins de Rei, próxima a Barcelona, la red de transportes públicos entre ambas poblaciones permite sobradamente, y así lo vienen haciendo diariamente muchos ciudadanos, residir en una población y trabajar en la otra. Por estas razones se estima procedente confirmar el fallo de la sentencia impugnada.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Procede fijar un límite temporal de cinco años a la pensión compensatoria.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

En lo concerniente a la pensión compensatoria, es evidente el derecho a pensión por desequilibrio, en el caso objeto de estudio, a favor de la esposa, cual concluye certeramente la Juzgadora de Instancia, al amparo de lo dispuesto en el art. 97 del CC y circunstancias mencionadas en el mismo y sin-

gularmente la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal —superior a los 13 años—, la dedicación pasada y futura a la familia por parte de la mujer, quien no consta haya trabajado desde que contrajo matrimonio y el caudal y medios económicos del marido y las necesidades de uno y otro cón-

yuge, por lo que se estima adecuado y pertinente su fijación —al no haber quedado en absoluto acreditado que conviva maritalmente con otra persona—, aunque no en la cuantía establecida en la sentencia impugnada, pues debe tenerse en cuenta que el esposo ya viene gravado con el pago de la pensión alimenticia a favor de los hijos del matrimonio, por lo que se estima más adecuada y equitativa la cantidad de 45.000 ptas. mensuales, en vez de las 20.000 ptas. al mes fijada en aquélla; y además dada la edad de la perceptora —35 años—, que le permite acceder en un futuro, más o menos inmediato, al mercado de trabajo, el Tribunal estima correcta y ajustada la solicitud del apelante de temporalizar la vigencia de su derecho a percibir pensión compensatoria, fijándose éste por un periodo de 5 años, a computar desde la fecha de la Sentencia de instancia, pues el derecho a pensión compensatoria, como ha tenido ocasión de pronunciarse esta misma sala en anteriores resoluciones, entre otras, en sentencias de 26

de mayo y 9 de julio de 1998, no puede ni debe considerarse en determinados casos, como el que aquí nos ocupa, como un derecho absoluto, ni vitalicio, sino, por el contrario, como relativo y circunstancial y especialmente limitado en cuanto al tiempo, pues su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades —singularmente laborales y económicas— a las que habría tenido de no haber mediado tal vínculo matrimonial, considerándose, pues, la temporalidad de cinco años, en el presente supuesto, como reajuste necesario conforme a la realidad de los hechos, toda vez que durante este periodo de tiempo la esposa puede prepararse y conseguir la formación mínima necesaria para acceder a un empleo, lo que determina, por ende, que deba estimarse en tal concreto particular y en los términos explicitados la pretensión del apelante.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Los órganos jurisdiccionales españoles tienen jurisdicción en el proceso matrimonial cuando las partes se han sometido a ellos, expresa o tácitamente y por ello procede revocar el auto de no admisión de la demanda de divorcio, debiendo estarse a la actitud del demandado al respecto.*

AP MADRID, Sec. 22^a, Auto de 9 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

En el acto de la vista la parte apelante, con revocación del auto de 18 de julio de 1997, interesó la admisión a trámite de la demanda de divorcio por ser competente la jurisdicción española para conocer del pleito, y en concreto de los Tribunales de Madrid.

La LOPJ, al concretar la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en el orden civil, aunque es más correcto hablar de jurisdicción, señala en el art. 22.3º, en lo relativo a la nulidad, separación o divorcio que tal competencia dependerá de las circunstancias de los cónyuges al tiempo de la

demanda, su residencia habitual en España, o ser el demandante de nacionalidad española y residente en nuestro país o, finalmente, promover los cónyuges, ambos de nacionalidad española, su petición de mutuo acuerdo o uno de ellos con el consentimiento del otro, cualquiera que fuera su lugar de residencia.

En el caso de autos consta que la esposa es de nacionalidad española, aunque residente fuera de España (en Mónaco), mientras que el esposo es extranjero (irlandés), aun residente en España (Toledo). En principio, pues, el supuesto que se analiza no se contempla en las previsiones legales antes aludidas, dado que no estamos ante un divorcio interesado por vía consensual. Sin embargo, los criterios sobre atribución competencial del art. 22.3º tienen un carácter subsidiario respecto de los señalados en los números anteriores de dicho artículo, al expresar su aplicación “en defecto de los criterios precedentes”.

En todo caso, y conforme al criterio de la sumisión, los órganos jurisdiccionales espa-

ñoles tienen jurisdicción en el proceso matrimonial cuando las partes se han sometido a ellos, expresa o tácitamente, y en este sentido entendemos que el órgano “a quo” se ha precipitado en su decisión, debiendo, en principio, haber admitido a trámite la demanda, a la espera de la postura que adoptase la demandada, a propósito de la sumisión expresa o tácita de la misma, por cuanto que de aceptarse la sumisión y dado que concurre el criterio de conexidad territorial señalado en la disposición adicional 3ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, por cuanto que el último domicilio familiar lo fue en Madrid, sería entonces competente el juzgado de esta ciudad; todo ello lo es conforme al criterio de esta Sala, ya expuesto en los autos de 21 de febrero de 1997 y 27 de febrero de 1998.

La conclusión es que debe admitirse la demanda a fin de proceder al emplazamiento de la demandada, resolviéndose en consecuencia después, una vez que ésta se pronuncie o no, expresa o tácitamente, sobre si acepta o no la sumisión a la jurisdicción española, y puesto que la competencia territorial está ya definida.

2. Sólo los cónyuges pueden ser parte en los procedimientos de modificación de medidas.

AP ZARAGOZA, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garos.

Independientemente de que la demanda dirigida frente a la hija no fuese admitida a trámite por no haber sido parte aquella en el procedimiento del que el incidente dimana, incurre el recurrente con aquel alegato en el absurdo jurídico de cuestionar la legitimación que la demandada pueda ostentar para oponerse a petición, cuando fue él

mismo quien la demandó, reconociendo paradigmáticamente las condiciones que ahora quiere negar.

Aquellas razones, sin embargo, deben ser, en cualquier caso rechazadas, pues, no tratándose en los alimentos el art. 93 del Código Civil de una escueta deuda alimenticia

que pueda ser únicamente reclamada por el hijo, su titular, sino de una prestación integrada en el seno de la contribución a las cargas familiares, parece correcto entender que será el cónyuge con quien el hijo conviva, que tiene asumida a título personal la carga familiar y obra por tanto en defensa de su interés propio, quien estará legitimado, no solo para pedir la modificación de una pensión reconocida con anterioridad, sino para oponerse cuando, alteradas o desaparecidas las circunstancias que presidieron la fijación de la pensión, el otro cónyuge interese la modificación o supresión de las medidas

adoptadas. En cuyo sentido debe producirse la interpretación del art. 93.2 del Código Civil, sin relegarlo a los supuestos de convivencia de hijos mayores y menores de edad, en el domicilio familiar.

Sin olvidar, a mayor abundamiento, que si la discusión de las cuestiones de este orden se produce en estos juicios únicamente en la medida en que son consecuencias derivadas de la nulidad, separación o el divorcio, y, en definitiva, de la conflictividad matrimonial, solo los cónyuges pueden ser tenidos como partes necesarias.

3. *Los juzgados de Familia son competentes para conocer del incumplimiento de las obligaciones contraídas por los cónyuges en un convenio regulador de la separación de hecho.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2ª, Auto de 22 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garos.

La esposa presentó ante el Juzgado de Primera Instancia 13 de los de Zaragoza, demanda de juicio de cognición contra su esposo, sobre reclamación de cantidad y reconocimiento de derecho, habiendo declarado aquel Juzgado en auto de fecha 24 de abril de 1998 su falta de competencia para conocer por razón de la materia.

Se trata en el presente caso de determinar si, tal y como sostienen los recurrentes, el Juzgado de Primera Instancia nº 13 es competente para el conocimiento de las pretensiones de la demandante, que acciona al amparo del convenio regulador de su separación de hecho y solicita la condena del demandado al pago de tres mensualidades de la pensión compensatoria que en aquel convenio se comprometió a pagar a su esposa (36.500 pts. mes), así como a reconocer a esta el derecho a percibir mensualmente

aquella pensión en las exactas condiciones que el Convenio precisaba, o si tal competencia debe entenderse reservada a los Juzgados de Familia, solución decidida por el Juez “a quo”, que, encuadrado sistemáticamente el art. 97 del Código Civil entre las normas reguladoras de los efectos de la separación, nulidad y divorcio, resolvió que el conocimiento de la solicitud formulada corresponda a los Juzgados de Primera Instancia previstos por la Disposición final primera de la Ley de 7 de julio de 1981 y declaró su falta de competencia para conocer por razón de la materia.

La potestad jurisdiccional de los Juzgados de Familia, que es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, abarca únicamente las actuaciones previstas en los Títulos IV (arts. 42 a 107) y VII (arts. 154 a 180) del Libro Primero del Código Civil y

aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de la Familia le sean atribuidas por las leyes. De donde, siendo esa exclusividad de proyección negativa, al no poder comprender otras cuestiones que las expresadas, no es del todo desenfocada la postura de los apelantes cuando, en síntesis, en la dirección marcada por la STS de 8 de marzo de 1993, entienden que no cabe extender la competencia de los Juzgados de Familia a enjuiciamientos que impliquen el ejercicio de acciones que, bien que lo sean en ejecución de un convenio de separación divorcio, no quedan exactamente incluidos entre las materias atribuidas a la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia.

Sin embargo, aquella resolución, referida a un caso de opción de compra que pocas similitudes ofrece con el presente, no parece que pueda autorizar el desconocimiento de que, como señalaba esta misma Sección en su Auto de 21 de mayo de 1997, el Juez que aprueba el convenio regulador es el competente para conocer de la ejecución de todos sus extremos; que el art. 90 del Código Civil establece que los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la separación o divorcio “podrán hacerse por la vía de apremio”; y que, como dispone el art. 919 LEC, la competencia corresponde al Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia.

4. *No cabe denegar la adopción de medidas provisionales en base a que se encuentran vigentes las medidas previas o provisionalísimas.*

AP HUESCA, Sentencia de 17 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig.

Contra las medidas provisionalísimas, en atención a su extrema provisionalidad, como dijimos en los Autos de 22 de septiembre de 1993 y 24 de febrero de 1994, no cabe recurso alguno de modo que, si subsisten tales medidas por interponerse finalmente la demanda dentro del plazo de treinta días marcado en el artículo 104 del Código Civil, la parte que no quede satisfecha con la resolución inicialmente adoptada como medidas provisionalísimas puede promover, al amparo del artículo 103 del Código Civil y 1886 y 1895 de la Ley procesal, la adopción de las medidas provisionales o coetáneas que tenga por conveniente contra las que, en su caso, puede luego promoverse el incidente de oposición al que se refiere el artículo 1900 de la Ley procesal, trámite, el consignado en este úl-

timo precepto, que por su amplitud y necesaria proyección temporal, no debe extenderse a las medidas provisionalísimas, salvo que se quiera que éstas, adoptadas tras un brevísimo procedimiento por razones de urgencia, perduren prácticamente durante todo el procedimiento principal, sin posibilidad de ser revisadas, con trámites más reposados pero con celeridad, antes de que concluya dicho proceso principal; cosa que, a nuestro juicio, solo puede lograrse, sin mermar las garantías procesales de las partes, permitiendo que éstas promuevan, si lo entienden conveniente, las medidas coetáneas que deberían sustituir a las medidas que, en su caso, se hubieren acordado con anterioridad a la interposición de la demanda. El Juzgado, indebidamente, no dio curso a la petición del demandado de adop-

ción de medidas coetáneas diferentes, pero no es este el momento para revocar esa decisión y subsanar el defecto cuando ya ha recaído sentencia definitiva de separación

en la que se acordaron con este carácter las que han de regir entre los litigantes, con las modificaciones que, en su caso, sea preciso efectuar en virtud del recurso planteado.

5. *Procede declarar la nulidad del procedimiento cuando ha conocido de la demanda de modificación de medidas un juzgado distinto del que las dictó en el procedimiento de separación.*

AP MADRID, Sec. 22^a, Sentencia de 2 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

Dispone el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un 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 efecto las providencias y autos que se dictaren y para la ejecución de las sentencias”; declarando el TS que el término “incidencias” 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 el 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 decidirse la continencia de los autos (SS de 22 de marzo de 1945 y 5 de marzo de 1970) siendo tal el sentido y espíritu del referido precepto que deben observar los Juzgadores para no prorrogar su jurisdicción a asuntos que por la sola voluntad de las partes no pueden serles sometidos, sin subvertir normas del procedimiento que son de orden público (S 6 de junio de 1917)

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 alteradas por las partes a las que obligan, así como también al juzgador y han de ser apreciados de oficio (S 17 de noviembre de 1972).

La litis sometida en virtud del presente recurso de apelación al conocimiento de esta Sala se halla inmersa plenamente en la problemática competencial expresada en cuanto que seguido ante el Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Getafe (Madrid) procedimiento de separación matrimonial entre los hoy litigantes, y recaída sentencia por dicho órgano jurisdiccional y planteada demanda incidental de modificación de efectos de la sentencia de separación ante el Juzgado de 1^a Instancia de Parla nº 3 y recayendo sentencia hoy recurrida, es visto a tenor de la doctrina jurisprudencial ya expuesta, que ello implica una incidencia respecto al anterior procedimiento de separación matrimonial incardinable necesariamente en el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha de determinar imperativamente y sin excepción alguna, la competencia funcional

para su conocimiento en el mismo Juzgado que resolvió el procedimiento de separación matrimonial; es por ello que procede la nulidad de todo lo actuado, planteada por el Tri-

bunal al tiempo de vista de esta alzada en el presente incidente de modificación de efectos por incompetencia del Juzgado de la Instancia de Parla para conocer del mismo.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *No procede conceder efectos retroactivos a las actualizaciones de la pensión compensatoria cuando han transcurrido más de siete años desde que pudo solicitarse.*

AP VALLADOLID, Sec. 1ª, Auto de 22 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal.

El esposo interpone recurso de apelación contra auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº Tres de Valladolid (Juzgado de Familia), en virtud del cual se desestima el recurso de reposición interpuesto a su vez contra providencia del Juzgado, en la cual se actualizaba la pensión compensatoria establecida en favor de la esposa en sentencia de separación, así como se acordaba requerir al esposo para el abono de la cantidad resultante (524.114 ptas.), en concepto de atrasos de las sucesivas actualizaciones devengadas y no practicadas hasta el momento en que se deduce la solicitud —10 de junio de 1997—. Constríñe el apelante su recurso al apartado relativo a los atrasos reclamados, pues muestra su conformidad con la procedencia de la actualización interesada por la esposa, oponiéndose exclusivamente a la pretensión de ésta de que dicha actualización tenga efecto retroactivo debiendo el esposo abonar las cantidades que hubieran correspondido de haberse realizado la actualización pactada en cada uno de los años transcurridos.

La providencia y auto recurridos justifican su pronunciamiento estimatorio de la pretensión deducida por la esposa en una resolución de esta misma Sala, de fecha 23 de junio de 1995, en la que se estimaba una pretensión similar a la que ahora es objeto de enjuiciamiento y de la que pudiera deducirse que efectivamente el criterio de la Sala es la procedencia, sin objeción alguna, no sólo del derecho de actualizar la pensión compensatoria establecida en cualquier momento, sino también la posibilidad sin freno alguno de reclamar retroactivamente los atrasos que pudieran considerarse debidos por actualizaciones que no fueron practicadas en la fecha establecida, dado que aquella resolución exclusivamente establecía como límites el transcurso del plazo prescriptivo o la renuncia clara al ejercicio de tal derecho.

Suscitada así la cuestión, es obvio que dado el tiempo transcurrido desde aquella resolución resulta preciso para la Sala matizar el verdadero sentido y alcance de la

misma y situar en su contexto las circunstancias que motivaron dicho pronunciamiento y las circunstancias que concurren en el presente caso y justificarían una decisión diferente a la que con distinta óptica fue entonces adoptada. Así, en aquella resolución se entendía procedente la reclamación de atrasos correspondientes a dos anualidades durante las que no se había acometido la actualización de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación; Sin embargo, en el caso presente no sólo el plazo de inactividad es muy superior en el tiempo, pues han transcurrido siete años desde que se pudo actualizar por vez primera la pensión compensatoria establecida, sino que además fue mediante convenio como los cónyuges establecieron la procedencia de la revisión de dicha pensión en pacto que la resolución judicial asumió en su parte dispositiva. De todo ello se deduce que así como en el supuesto que sirve a la Juez de Instancia de ejemplo el tiempo que permaneció la parte inactiva fue mínimo, prácticamente el imprescindible para recuperar la normalidad tras la crisis personal, familiar y patrimonial que origina una separación conyugal, en el caso ahora enjuiciado

han sido siete los años de inactividad, dejación y abandono del derecho a actualizar que patentiza a juicio de la Sala la existencia de una clara renuncia a tal facultad durante cada uno de los períodos o anualidades en que la actualización no se ha solicitado, motivando así el cumplimiento de la condición que ya en aquella resolución se establecía, pues conviene recordar que se aludía en la misma no a una renuncia “expresa” de la parte, que obviamente no se ha producido, sino a una renuncia “clara”, que por lo dicho se constata por el largo período de tiempo durante el que ha permanecido sin instarse la facultad de actualización; Estas consideraciones llevan a la Sala en el caso enjuiciado a estimar el recurso de apelación y revocar el auto recurrido dejando sin efecto el pronunciamiento de la providencia de fecha 25 de junio de 1997 por el que se requería al demandado al abono de los aludidos atrasos, acogiendo así para este supuesto la tesis que en numerosas Audiencias Provinciales proclama el carácter irroactivo de la actualización cuya eficacia opera “ex nunc” es decir exclusivamente desde que la misma sea solicitada.

2. *El incumplimiento de las cláusulas de contenido económico que se incluyan en el convenio regulador generarán los intereses legales desde la fecha de la aprobación judicial.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4ª, Auto de 9 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Solchaga Loitegui.

En proceso matrimonial de separación conyugal de mutuo acuerdo, los cónyuges presentaron convenio regulador en el que liquidaron su régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, realizando las operaciones particionales y en el capítulo de

adjudicaciones, letra C, se acuerda: Como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas, la esposa abonará a su esposo la suma de tres millones de pesetas, en el plazo máximo de dos meses desde la firma del presente convenio. El Juzgado de familia nú-

mero Seis de Zaragoza, dictó sentencia fecha 15 de marzo de 1994, en la que decretó la separación matrimonial de los cónyuges, aprobando la propuesta de convenio regulador de la separación.

Satisfechos por la esposa dos millones de pesetas, de la expresada cantidad, la representación procesal del marido, solicitó ante el Juzgado de familia, la ejecución de la sentencia de separación matrimonial, en cuanto al millón de pesetas restante debido por su esposa más los intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y costas. Requerida la esposa al pago, presentó resguardo, fecha 29 de mayo de 1997 de transferencia de un millón de pesetas a D. Jesús, “resto de pago de nuestra deuda”.

Sobre si la anterior cantidad devenga los intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde los dos meses posteriores al día 15 de marzo de 1994, en que se dictó la sentencia, hasta el día en que se pagó al ejecutante, la respuesta es afirmativa, porque no se ejecuta el convenio regula-

dor, como documento privado, sino que el acuerdo matrimonial al haber sido homologado judicialmente, incorporado como válido a la sentencia que decretaba la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial. El artículo 90 del Código Civil, dice (párrafo antepenúltimo, último inciso), que desde la promoción judicial los acuerdos de los cónyuges podrán hacerse efectivos por la vía de apremio. Esto es, por los trámites de ejecución de sentencia.

Según el artículo 921 citado, sus intereses del párrafo tercero, son de aplicación en todo tipo de resoluciones judiciales, que contengan condena al pago de cantidad líquida. Estos intereses procesales “ex lege”, tienen como finalidad mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, y además, son punitivos o sancionadores, a fin de reforzar la conducta de pago de la deuda. Por tanto su devengo se origina sin necesidad de mencionarlos la sentencia, su naturaleza es diferente a los moratorios del artículo 1108 del Código.

3. *No procede deducir de la pensión alimenticia el importe de las cuotas de comunidad.*

AP LUGO, Sec. 1ª, Auto de 29 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Gómez Iniesta.

Por la representación procesal del esposo se interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Instancia que viene a resolver el incidente surgido en ejecución de la sentencia de separación matrimonial, al considerar, en primer lugar, que los gastos de comunidad de la vivienda privativa del apelante y que constituía el hogar familiar deben ser soportados por los

que tienen el uso y disfrute de dicha vivienda, esto es, por la esposa y sus hijos, y que no es de justicia que el ahora apelante deba hacer frente a los mismos, pues ello supone una carga adicional a la pensión de alimentos.

La sentencia establece que el marido contribuya al sostenimiento de los hijos en

la cantidad de 100.000 pesetas mensuales, cantidad de la que el marido ha venido deduciendo 9.820 pesetas para hacer frente al pago de los gastos de comunidad de la vivienda de su propiedad y cuyo uso fue atribuido a los hijos. Pues bien, y tal como hace el Juzgador “a quo”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.5 en relación con el artículo 20 ambos de la Ley de Propiedad Horizontal, los gastos de comunidad deben repercutir sobre los que tengan la titularidad del piso o local, que en este supuesto, es exclusivamente el esposo, y es que el dere-

cho a los alimentos no puede compensarse por el que ha de prestarlos de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 151 del Código Civil, porque el derecho a alimentos entre parientes está dotado de una naturaleza autónoma e independiente que la priva del carácter primordial estricto otorgándole un matiz público alejado del poder dispositivo típico de la autonomía privada que impide su renuncia, transmisión o compensación, lo que conduce incuestionablemente a desestimar este primer motivo del recurso.

4. *La carga de la prueba de que se han pagado las pensiones recae sobre el demandado y no sobre la parte que pide la ejecución.*

AP CÁCERES, Sec. 1ª, Sentencia de 26 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Bote Saavedra.

Solicitado por la madre el cumplimiento del convenio regulador que suscribieron las partes para regular las relaciones paterno filiales, y reclamando el pago de determinadas mensualidades, el juzgado de instancia acuerda no haber lugar al inicio de la vía de apremio al entender que no se ha acreditado la deuda.

En cumplimiento del convenio se ingresa la cantidad estipulada correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio de 1993 como acreditan los resguardos de transferencia bancaria acompañados a la demanda, y en ésta se reclaman las mensualidades adeudadas desde junio de 1993 a febrero de 1998; cincuenta y seis meses a razón de 35.000 pesetas mes con un total de 1.960.000 pesetas. El padre fue emplazado personalmente, no compareció en el procedimiento, siendo declarado en situación de rebeldía procesal.

Como establece el artículo 1.214 del Código Civil la prueba de las obligaciones recae sobre quien reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Es innumerable la jurisprudencia señalando que este precepto no contiene norma valorativa de la prueba, sino el principio de distribución de la carga de la prueba “onus probandi”, estando prohibido invertir la carga probatoria, de suerte que corresponde al actor acreditar los hechos constitutivos de su derecho y al demandado los extintivos y los impeditivos. La normal interpretación de dicho precepto proporciona al juzgador “una regla de juego” que exige al menos una mínima actividad probatoria que ha tenido que practicarse en el proceso y en cuanto a lo que debe entenderse por hecho sometido a prueba, hay que estar a cada caso particular y cada institución jurídica en concreto. STS 25 de noviembre de 1996, 2 de diciembre de

1996, 30 de septiembre de 1997, 28 de julio de 1997, 28 de enero de 1997, entre otras. En el supuesto examinado el hecho constitutivo es la certeza y realidad de la deuda que debe ser probada por la actora, mientras que el pago de la misma, como tal hecho extintivo incumbe al demandado (STS 30 de junio de 1997).

Pues bien, la parte demandante ha probado cumplidamente el negocio jurídico del que deriva la obligación de prestar alimentos y la cuantía mensual estipulada y así alega que sólo ha recibido cuatro mensuali-

dades, corresponde al demandado acreditar el pago de las mensualidades que se reclaman, mas no como se dice en la sentencia de instancia que corresponda a la actora probar el impago, pues difícilmente podrá acreditar un hecho negativo, mientras que al demandado emplazado personalmente fácil le hubiera sido probar que había abonado las mensualidades reclamadas. En definitiva, y como conclusión de cuanto se deja expuesto la sentencia de instancia ha infringido las reglas sobre la carga de la prueba, procediendo estimar el recurso y con ello la demanda.

5. *Si la esposa e hijos abandonaron la vivienda hace tiempo para trasladarse a otra, permitiendo que el esposo la ocupase, no procede ahora efectuar el lanzamiento de este último.*

AP MÁLAGA, Sec. 5ª, Auto de 12 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª José Torres Cuéllar.

En la sentencia de separación, se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa e hijos, sin embargo, con posterioridad, la misma abandonó la vivienda instalándose en ella el esposo. Ahora, la esposa reclama para sí el uso de la vivienda y solicita el lanzamiento del esposo.

Pues bien analizada la cuestión a resolver respecto al lanzamiento del esposo de la vivienda de litis, procede confirmar la resolución recurrida por sus propios fundamentos, a los que cabe añadir frente a las alegaciones vertidas por la apelante en apoyo de su pretensión revocatoria, remitiendo al ahora apelado al procedimiento de modificación de medidas, que siendo cierto que las modificaciones de las resoluciones judiciales por variación de las circunstancias no pueden ventilarse ni adoptarse en el inci-

dente procesal surgido en trámite de la ejecución de sentencia firme, razones hay en el presente supuesto para no acceder a la pretensión instada por esta vía, toda vez que la resolución recurrida no hace ninguna atribución sobre el uso o disfrute de la vivienda que en su día fue domicilio conyugal, sino que al hilo de lo acreditado en autos deja sin efecto la adjudicación que en el convenio regulador del divorcio se efectuó por falta de uso.

Debe recordarse que las declaraciones que en las sentencias matrimoniales se contienen en relación al uso de la vivienda van dirigidas a atender las necesidades de la familia, concediéndose a los hijos, o al cónyuge más necesitado, precisamente para que sea usada por ellos, debiendo ejercerse ese uso de forma directa y personal. Por lo tanto

en el caso de no hacer uso de ella es lógico que decaiga su derecho, que no tiene por qué ser vitalicio, y al efecto, no es indispensable que se lleve a cabo tal declaración a través de un nuevo procedimiento de modificación de medidas, bastando con la aportación de la prueba, como acontece en el actual caso, del cese de dicho disfrute, pudiéndose dar por finiquitado en la propia ejecución de sentencia. Así aparece de un lado que el domicilio donde vive el ex-marido, y que es reclamado ahora por la apelante, fue desocupado y abandonado por ésta tras contraer nuevo matrimonio ya que se marchó junto con sus hijas y actual esposo a una nueva vivienda, pues no otras circunstancias, salvo la expuesta, explican que saliera del mismo, limitándose la interesada sim-

plemente a alegar unas supuestas, que no demostradas ni mínimamente, necesidades imperiosas; y de otro que mutuamente ambas partes concertaron verbalmente que el apelado lo habitara, lo que viene haciendo desde 1992. De ahí que acertadamente el auto impugnado remitiera a las partes al régimen de administración y disposición que corresponda conforme a la titularidad del inmueble, que no puede venir obstaculizada por una concepción del derecho de uso que va, con mucho, más allá de los contornos precisos del mismo, y todo ello independientemente de cuál sea la concreta finalidad que inspira a la peticionaria, que se limita aquí a querer dotar de contenido al derecho de uso que, como se ha expuesto, se extinguió.

6. *No existe obstáculo alguno para que se retenga al demandado la totalidad de la prestación que percibe del INEM a fin de atender al pago de la pensión alimenticia de los hijos.*

AP MÁLAGA, Sec. 5ª, Auto de 26 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª José Torres Cuéllar.

Analizada la cuestión a resolver respecto a la cantidad a retener de la ayuda familiar que el INEM concede al obligado a su pago, y que en el presente caso supone su importe íntegro, procede confirmar la resolución recurrida por sus propios fundamentos, y que tanto la apelada como el Ministerio Fiscal hacen suyos, a los que cabe añadir frente a las alegaciones vertidas por el apelante en apoyo de su pretensión revocatoria, que es en el procedimiento de modificación de medidas donde se ha de discutir y demostrar el fundamento base de su petición, como al parecer ya efectuó instando el oportuno procedimiento incidental, puesto que *de acogerse las alegaciones vertidas por el obligado al*

pago en oposición al embargo total de la ayuda que percibe, constituiría en esencia una variación sustancial de la resolución judicial firme dictada, la cual se trata de ejecutar, lo que en sus propios términos efectúa el auto objeto de apelación, como no podría ser de otro modo. De manera que la incidencia que esgrime de carecer de otros ingresos para poder hacer frente al pago de la pensión alimenticia de sus hijos, extremo no verificado de los testimonios aportados, excede de lo que en el estrecho margen existente en el trámite de ejecución puede ser de consideración para no adoptar medidas legítimas como la pretendida por la actora, y que se combate por el alimen-

tante interesando la no fijación de retención alguna, o subsidiariamente que se limite a 15.000 pesetas mensuales. Como es lógico, la cantidad a abonar es la que señala la sentencia en su día dictada, mientras no se varíe en un nuevo procedimiento de modificación de sentencia, siendo lo razonable pensar que lo en aquella establecido se va a cumplir por las partes en la forma adecuada, pero desgraciadamente no siempre ocurre así, y por lo tanto, en ejecución de aquella, ha de acudir a la vía de apremio para poder lograr la

eficacia del derecho reconocido. En consecuencia, deberá procederse en esta fase a la adecuada valoración de los hechos y determinación de lo debido, y en su caso, al establecimiento de las garantías precisas para la efectividad del pago de las pensiones, conforme acontece en el supuesto de litis, y que procede mantener, siendo indicativa la actitud del padre, cuando según se revela venía desatendiendo totalmente tal prestación desde mucho antes de producirse la rebaja que aduce ahora en su descargo.

VIII. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

1. *La indemnización por regulación de empleo que percibió el esposo con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales tiene carácter privativo.*

AP MÁLAGA, Sec. 6ª, Sentencia de 19 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez.

La parte actora impugnó el pronunciamiento judicial de instancia en el particular concerniente a la declaración de privación de la indemnización percibida por el demandado en noviembre de mil novecientos noventa y dos al cesar en su actividad laboral en la empresa “FFE, S.A.” por tramitarse expediente de regulación de empleo, por cuanto que la recurrente afirmaba que con ello se infringía, por inaplicación, lo dispuesto en el artículo 1347.1 del Código Civil, ya que la suma percibida tenía su razón de ser en el período de tiempo por el que había prestado sus servicios en la empresa que al corresponder con el de vigencia matrimonial, implicaba que la naturaleza de aquella partida no podía estar en la privación que define el artículo 1346 sino, muy por el contrario, inte-

grada en la sociedad legal de gananciales que en su día formaba parte del matrimonio ahora litigante, cuestión que ha de quedar resuelta en la misma forma que se hiciera en instancia, ya que *si bien deben conceptuarse de gananciales los salarios e indemnizaciones por despido que cualquier trabajador pueda percibir, ello debe entenderse que será así siempre y cuando se devengue por la persona vigente la sociedad de gananciales, circunstancia que no concurre en el caso que nos ocupa, dado que la indemnización la percibió el demandado en mil novecientos noventa y dos, mientras que la sociedad de gananciales quedó disuelta seis años antes, sin que exista posibilidad de hacerse imputaciones proporcionales a la etapa de vigencia matrimonial, habida cuenta que la in-*

demnización percibida por el demandado es un derecho de naturaleza personalísima que en el momento del percibo tiende esencialmente a compensar la situación de desempleo en que queda el trabajador, cubriendo con ello las necesidades personales y familiares futuras, aunque ciertamente en su determinación cuantitativa se tengan en cuenta diversos aspectos de la vida laboral pasa-

da del afectado, lo que explica, en definitiva, la exclusión de la suma reclamada de la masa de gananciales al ser la misma de carácter privativo de uno de los cónyuges, viniendo, por consiguiente, con ello a rechazarse la tesis apelante defendida en contra de lo acordado al respecto en primera instancia, confirmándose en todos y cada uno de sus extremos por ser plenamente ajustada a derecho.

2. *No pueden incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales las deudas que se hayan generado por la adquisición de bienes privativos, aun cuando su uso se haya atribuido al otro cónyuge y a los hijos. En cambio sí procede incluir el préstamo que el padre hizo al esposo.*

AP ÁVILA, Sentencia de 13 de abril de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a Teresa del Caso Jiménez.

La representación procesal de la esposa solicita a esta Sala que dicte sentencia excluyendo del pasivo de la sociedad de gananciales las cantidades invertidas por el demandado-reconviniente en la adquisición de distintos muebles, y la cantidad de 2.500.000 pts. en concepto de préstamo debido al padre del demandado.

Por lo que se refiere a las cantidades invertidas por el demandado en la adquisición de distintos muebles, ciertamente no deben incluirse en el pasivo de la sociedad en base a las siguientes consideraciones. De las facturas aportadas con el escrito de demanda reconvencional resulta que el esposo adquirió los bienes muebles descritos en las mismas los días 10 de julio, 1 de agosto y 23 de agosto de 1989, y por tanto con anterioridad a contraer matrimonio, celebrado el día 8 de octubre de 1989, y en cuanto que pertenecían a dicho cónyuge con anterioridad a la celebración del matrimonio son bienes privativos que deben permanecer totalmente al

margen de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de que por formar parte del ajuar doméstico su uso se haya atribuido, por sentencia recaída en el proceso de separación conyugal, a los hijos menores de edad, pues el juez, a falta de acuerdo de las partes, debe disponer preceptivamente que el uso de la vivienda y ajuar familiar se destine a los hijos y al cónyuge a cuyo cuidado queden éstos, solución no difícil de apreciar si se tiene en cuenta que viene dada casi exclusivamente en atención a la residencia de los hijos menores, con independencia del cónyuge, en base a que no es posible que aquéllos inicien, a partir de la separación de sus padres, una peregrinación domiciliaria, consecuencia de ello, la ley dispone que la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella queden para los hijos, aprovechándose de ello el cónyuge a cuyo cuidado estén y sólo en atención a estos, con independencia de la titularidad de dichos bienes.

Suerte distinta ha de correr la cantidad de 2.500.000 pts. en concepto de préstamo debido al padre del demandado, estimando acertada la decisión del juez “a quo” de incluir dicha suma en el pasivo de la sociedad de gananciales. Ha quedado acreditado que el padre del demandado ingresó en cuentas corrientes de las que eran titulares indistintos su hijo y esposa las sumas de un millón de pesetas; y de un millón y medio de pesetas, en fecha 26 de octubre de 1990 y 7 de mayo de 1992, respectivamente, alegando la parte actora que dichas cantidades fueron entregadas en concepto de donación y no de préstamo. Pero de las declaraciones de los padres del demandado, que han de-

puesto en el presente procedimiento como testigos, se infiere que tales sumas fueron entregadas a su hijo y a su familia cuando lo necesitaron, debiendo restituirlas cuando pudieran, si bien aún no han sido reintegradas; si además tenemos en cuenta que el 29 de Junio de 1994 las partes litigantes suscribieron un préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar de los padres del demandado, y que éste tiene una hermana, siendo lógico pensar que los padres quieran dar un trato igualitario a ambos hijos, es claro que la voluntad del progenitor del demandado fue efectivamente ayudar a su hijo y esposa prestándoles el dinero que necesitaban en aquellos momentos.

3. *La oficina de farmacia adquirida constante la sociedad con dinero privativo y ganancial pertenece en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción a las respectivas aportaciones.*

AP ÁVILA, Sentencia de 13 de abril de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a Teresa del Caso Jiménez.

Por la representación procesal del esposo se presenta a consideración de esta Sala cuál ha de ser el contenido del activo de la sociedad de gananciales en relación a la oficina de farmacia; y además interesa que se declare que su representado no viene obligado a rendir cuentas de la gestión de la mencionada farmacia desde la fecha de la separación conyugal.

Hemos de partir de ciertos hechos incontrovertidos. El esposo adquirió por escritura pública de compraventa de 24 de mayo de 1991 la oficina de farmacia abierta al público y en estado de funcionamiento, por el precio real de 41.000.000 de pts. de los que 18.000.000 de pts. fueron abonados con capital propio del marido, y para el pago de los 23.000.000 de pts. restantes el matrimonio suscribió un préstamo personal con la Caja

de X que se formalizó el 22 de mayo de 1991, que fue cancelado en fecha 29 de junio de 1994 al suscribir ambos esposos otros dos préstamos, uno hipotecario que grava la vivienda de los padres del marido por importe de 14.000.000 de pts., y otro personal por importe de 4.000.000 de pts. Las cantidades satisfechas por la sociedad de gananciales en concepto de amortización de capital e intereses de los referidos préstamos hasta la fecha en que queda en suspenso la sociedad de gananciales, 7 de noviembre de 1994, ascienden a la suma de 17.030.918 de pts. de este importe la cantidad de 5.491.526 pts. corresponde al capital amortizado por la sociedad conyugal.

La sentencia de primera instancia estima que habiendo adquirido el esposo la oficina de farmacia en estado de casado, en parte

con capital privativo y el resto a cargo de la sociedad de gananciales, corresponderá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad de gananciales en proporción al valor de las aportaciones respectivas; incluyendo en el activo de la sociedad de gananciales la cuota o participación correspondiente a la oficina de farmacia. Pero además incluye en dicho activo un crédito contra el esposo por las cantidades satisfechas por la sociedad por los préstamos suscritos para la compra de la farmacia por importe de 17.030.918 pts.

La representación procesal del esposo mantiene que la oficina de farmacia es un bien privativo de su mandante, y que de estimarse así el mismo debería compensar a la sociedad de gananciales en la suma de 5.491.526 de pts., cantidad a la que asciende el capital amortizado por la sociedad. De los hechos expuestos con anterioridad resulta que el negocio u oficina de farmacia fue adquirido durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges, concurriendo capital privativo de éste (18.000.000 de pts.) y capital común (23.000.000) en la adquisición de tal negocio, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 1347, 5º del Código Civil, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1354 del mismo cuerpo legal, y según este artículo la oficina de farmacia corresponde “pro indiviso” a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas,

debiendo, pues, incluirse en el activo de la sociedad de gananciales la cuota correspondiente al valor de su aportación. Sin embargo hemos de tener en cuenta que los gastos originados por la adquisición de esta cuota o participación en la oficina de farmacia son de cargo de la sociedad de gananciales (artículo 1362.2º del C.Civ.) y en consecuencia las cantidades satisfechas por los préstamos suscritos por ambos esposos para hacer frente a tal aportación son de cargo de la sociedad y no del esposo, por lo que no pueden incluirse en el artículo 1397.3º del Código Civil, siendo procedente, pues, revocar la sentencia recurrida en este punto, excluyendo del activo de la sociedad el crédito contra el esposo por las cantidades satisfechas por la sociedad por los préstamos suscritos para la compra de la farmacia.

Por otra parte, correspondiendo la oficina de farmacia “pro indiviso” a la sociedad de gananciales y al esposo en proporción al valor de sus respectivas aportaciones, son de aplicación a esta comunidad los artículos 392 y siguientes del Código Civil, y en consecuencia el concurso de los partícipes tanto en los beneficios como en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, viniendo, pues, obligado el esposo a rendir cuentas de la gestión de la mencionada farmacia desde la fecha de la separación conyugal.

4. *No tienen carácter ganancial los bienes adquiridos por los cónyuges que, a pesar de convivir en el mismo domicilio, mantenían una separación de hecho y realizaban vidas totalmente independientes.*

AP VALENCIA, Sec. 8ª, Sentencia de 28 de septiembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alfonso Arolas Romero.

Habiendo recaído sentencia de separación aprobando el convenio regulador que al efecto suscribieron, en el que se hacía ex-

presa mención a que el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales había sido sustituido por el de separación de

bienes, al haberse otorgado en tal sentido, el 7 de diciembre de 1994, la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales, la esposa planteó demanda contra su cónyuge, y sobre la base de que éste al otorgar esas capitulaciones había ocultado con mala fe la existencia de metálico en diversas cuentas bancarias, solicitó se condenara al demandado al pago del cincuenta por ciento (50%) del montante ganancial que había en dichas cuentas al momento de suscribirse la modificación del régimen económico conyugal. La sentencia recaída en la instancia, dando por acreditado que en esa fecha el numerario existente en las cuentas bancarias a nombre del demandado, y considerando que éste dinero tenía carácter de ganancial, ya que procedía del trabajo del demandado y no se había acreditado que hubiera habido entre los litigantes una previa separación de hecho desde 1990, condenó al esposo a satisfacer a la demandante la suma de 689.196 ptas.

Recurrida en apelación la citada resolución por el cónyuge demandado, por éste se ha insistido en la alzada, cual ya hizo en la instancia, en que el dinero de las cuentas en cuestión, al 7 de diciembre de 1994, tenía el carácter de privativo, parecer que, tras valorarse de nuevo la prueba practicada, ha de ser compartido por la Sala. Ciertamente es que la actora no ha hecho un reconocimiento expreso de que el montante existente en las cuentas del demandado fuera privativo, pero no es menos cierto que de todo lo actuado se desprende, siguiendo las reglas de la lógica y del más racional criterio humano, que dicho dinero tenía la condición de privativo y de ello era consciente la actora cuando se documentaron las capitulaciones matrimoniales, como así se infiere de lo que a continuación se dirá. Primero, que si bien es verdad que los hijos del matrimonio declaran en testimonio que la relación de sus padres fue normal, manteniendo una digna y pacífica convivencia marital hasta momentos antes de iniciarse los trámites de separación en 1994, lo más cierto es que ello sólo puede tomarse como una apreciación muy subjeti-

va y equivocada de la realidad, pues la propia demandante en el hecho quinto de la demanda de separación alega que promovida por ella en 1990 otra demanda de separación se paralizó dicho procedimiento "...por cuanto ambos cónyuges decidieron continuar, no la convivencia, sino el compartir la misma vivienda, pero realizando vida completamente independiente, ya que cada uno se preparaba su comida, su ropa y lo único que realizaban en conjunto era utilizar un mismo espacio físico, con habitaciones separadas"; siendo ello así, tanto se atiende al concepto legal del cese efectivo de la convivencia conyugal del artículo 87 del Código Civil como al sentido común del concepto de separación de hecho como interrupción de la vida conyugal, es evidente que desde 1990 se produjo entre los cónyuges una situación de separación de hecho, libremente consentido, que al cabo de un año determinó la disolución de la sociedad de gananciales conforme a lo establecido en el artículo 1391 nº 3 del Código Civil, con lo que los cónyuges podían pensar razonablemente que lo adquirido por cada uno de ellos después de esa ruptura de la vida en común era privativo y no ganancial. Segundo. Que si bien es cierto que el artículo 1394 del Código Civil dice que los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde, también lo es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretando dicha normativa, sienta que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida de los cónyuges, y entender lo contrario supondría un acto opuesto a la buena fe con manifiesto abuso de derecho, que no puede ser acogido en una interpretación acorde con la realidad social (Sentencia Tribunal Supremo 17-6-88), y siguiendo con lo anteriormente expuesto se puede afirmar que ambos cónyuges, respondiendo a esa buena fe, excluyeron implícitamente de los gananciales, en la escritura de capitulaciones matrimoniales, tanto las cuentas bancarias que pudiera ostentar el demandado como las que

podieran figurar a nombre de la actora, precisamente porque separados de hecho desde hacía cuatro años, entendieron con arreglo a derecho que pertenecían a sus respectivos haberes privativos, y así expresamente se dice en dicha escritura que “ambos cónyuges declaran extinguida la sociedad legal de gananciales existente entre los mismos, manifestando que los bienes de carácter ganancial del matrimonio son exclusivamente los siguientes: a) vehículo-turismo; b) rústica, c) número uno.—local en planta baja ; y d) número dos.—vivienda...” sin mención alguna a cuentas corrientes, de ahorro o depósitos. Finalmente, se ha de significar que la parte actora intenta justificar que en la escri-

tura de capitulaciones no se hiciera referencia a las cuentas bancarias del demandado, afirmando que éste había ocultado su existencia con manifiesta mala fe, pero ello no puede aceptarse, pues en la demanda de separación de 14 de noviembre de 1994, es decir, veintitrés días antes de otorgarse dichas capitulaciones, la entonces actora, también hoy demandante, ya aludía en su hecho tercero a la existencia de las cuotas a las que se circunscribe el presente procedimiento, lo cual priva de fundamento fáctico a su reclamación, ya que con ello queda desvirtuado el hecho esencial en que se sustenta su pretensión.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Lo primordial siempre es el interés del menor, y solo cuando no sea contrario a ese interés se procurará la integración en la familia.*

AP VALENCIA, Sec. 3ª, Auto de 2 de julio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Regina Marrades Gómez.

La parte apelante, en el acto de la vista oral alega como motivo de la apelación la vulneración del art. 172.4 del CC por no haberse producido el intento de integración en familia.

Segun el precepto citado, se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reincorporación en la propia familia. De lo anterior se desprende que lo primordial siempre es el interés del menor, y que solo cuando no sea contrario a ese interés se procurará la integración en la familia. En el presente supuesto se ha considerado que el interés del menor es permanecer con la familia acogedora

hoy adoptante y no con su propia familia, dadas las circunstancias del caso, ya que la madre falleció en 1993, y ya antes de fallecer el menor ya se encontraba con terceras personas, sin que se ocupara personalmente del mismo, y el padre no lo reconoció hasta 1992, siendo que el menor nace en 1985, teniendo en cuenta que el menor está perfectamente integrado en la actual familia, sin que reconozca como tal al padre biológico al que ni siquiera se le concedió derecho de visitas cuando lo solicitó por considerarse contrario a los intereses del menor. Por lo anteriormente expuesto, se considera procedente la desestimación del presente motivo de recurso.

2. *No procede dejar sin efecto la resolución del desamparo cuando ha quedado acreditado que el padre, tras el fallecimiento de la madre, se despreocupó de la menor.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 19 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

El auto apelado que ratifica la resolución de desamparo de la menor dictada por la DGAI en fecha 26 de enero del año en curso, debe ser ratificado por sus propios y acertados razonamientos, al resultar perfectamente coherentes con el material probatorio obrante en las actuaciones. En efecto, cuando se dictó por la DGAI la resolución que motivó la oposición del aquí recurrente, la menor se encontraba en situación legal de desamparo, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya, por cuanto la tía paterna, que la venía cuidando desde que falleció su madre en el mes de junio de 1995, tuvo que ser ingresada en un hospital psiquiátrico, con un diagnóstico de ingreso de larga duración, y el padre tampoco podía hacerse cargo de la niña. Según expresó la propia tía —quien había acogido a la menor en su casa por un periodo de tres meses y llevaba cuidándola ya más de dos años— y se demuestra con el hecho de que la menor pasó a residir durante unas semanas, y hasta que se produjo su ingreso en el centro de acogida, en casa de una profesora del colegio donde acudía la niña. El padre, en la comparecencia que realizó en las dependencias de la DGAI el día 18 de diciembre de 1997, puso claramente de manifiesto la imposibilidad de atender de momento a su hija por motivos laborales, y si bien es cierto que ahora y desde hace algunos meses ha iniciado una nueva relación de pareja, no lo es menos que no existen en autos indicios suficientes de la posible estabilidad de tal convivencia, aparte de que esta nueva compañera, según propias manifestaciones del padre en la comparecencia ante el Juzgado,

sólo conoce de vista a la niña, lo que demuestra la necesidad de que aquélla vaya integrándose en el entorno de ésta, junto a su progenitor. Por ello y partiendo del hecho trascendente de que el padre de la menor desde el fallecimiento de su esposa y madre de la menor, se despreocupó en gran manera de la misma, dejándola al cuidado de su hermana con visos de total y absoluta permanencia de tal situación si no se hubiera producido el ingreso psiquiátrico de ésta, procede desestimar la posibilidad de un inmediato retorno de la niña con su padre y estimar plenamente adecuada, en interés de la propia menor, la propuesta técnica contenida en el diagnóstico realizado por el Centro de acogida de la misma, al establecer un régimen de visitas quincenal con el padre y mensual con la tía y un seguimiento de la evolución del padre por parte del equipo de referencia para valorar la posibilidad del futuro retorno de la menor a su núcleo familiar, ello conforme al orden de prelación de las medidas protectoras a adoptar con arreglo a lo estatuido en el art. 5 de la mentada Ley 37/1991, lo que conduce a la desestimación de la oposición en su día planteada, y consecuentemente, del recurso de apelación formulado —en cuyo acto de la vista no se ha aducido argumento revocatorio alguno, dada la incomparecencia del Letrado de la parte recurrente—, ello, sin perjuicio, lógicamente, como certeramente indica la Juez “a quo”, de que en las futuras resoluciones a dictar por la entidad pública, tras el necesario estudio y seguimiento de la actitud y evolución del padre de la menor, se pueda acordar la concesión de la guarda y custodia de ésta a favor de aquél y de su actual com-

pañera sentimental, si se estima que ello pueda ser lo más conveniente para la niña, continuando, no obstante, con el ejercicio de las funciones tutelares de la propia DGAI,

de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.2 de la indicada Ley 37/91, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

X. FILIACIÓN

1. *Acreditada la relación de noviazgo que se rompió con el nacimiento de la menor, procede declarar la paternidad del demandado.*

AP MADRID, Sec. 22^a, Sentencia de 23 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

Invoca en primer término la parte apelante con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa del demandante al faltar la constante posesión de estado y por lo tanto conforme a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Civil, corresponde la acción de reclamación de filiación no matrimonial al hijo durante toda su vida; excepción esta que debe ser desestimada conforme interpretación sistemática, tomando en consideración el contenido del artículo 134 del Código Civil, sin perjuicio de otras normas y preceptos aplicables al caso, pues extiende al progenitor, aun en el supuesto en que no haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial ya que partiendo de la regla general de dicho artículo, que posibilita el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permite la impugnación de la filiación contradictoria; esto es, si se está legitimado para impugnar la filiación contradictoria también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclama-

ción, prevalencia de dicho artículo sobre el sentido restrictivo del artículo 133 de dicho cuerpo legal.

En cuanto a la cuestión de fondo; en el presente caso concurren determinados hechos que unidos a la negativa de sometimiento a la prueba biológica, conduce al hecho consecuencia que produce el convencimiento de la paternidad reclamada; pues reconoce la demandada la relación de noviazgo con el demandado durante varios años, relación que se rompió al tiempo del nacimiento de la menor aunque después se reanudó; lo que implica necesariamente, que al tiempo de la concepción concurría dicha relación; relación de noviazgo, también ratificada por la prueba testifical practicada con las debidas garantías procesales; también reconoce que “ignora o no tiene certeza de que el demandado sea padre del menor” lo que implica también necesariamente, que no está descartando tal posibilidad. Pruebas éstas indirectas o presuntivas que unidas a la negativa de sometimiento a la prueba biológica con la fiabilidad absolu-

ta que esta representa para descartar la paternidad, especialmente en este supuesto en que la propia demandada ignora o no tiene certeza, y con bastante aproximación para

acreditarla; conlleva y justifican la paternidad reclamada, conclusión a que llegó el Juez de instancia tras la valoración conjunta de la prueba existente.

2. *A pesar del allanamiento de la madre biológica y del padre que figura como tal en el Registro Civil, no procede decretar la filiación paterna no matrimonial del actor ante la falta de otras pruebas.*

AP ALICANTE, Sec. 6ª, Sentencia de 20 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva.

Es claro cómo en los juicios sobre filiación el principio dispositivo básico en el derecho procesal civil, por cuya virtud las partes litigantes poseen dominio completo sobre los derechos sustantivos y procesales del litigio y gozan de libertad para ejecutarlos, o no experimenta señaladas restricciones que lo infrinjan y atenúan, aunque sin llegar a suprimirlo. Está vigente el principio dispositivo porque el proceso no puede comenzar de oficio sino a instancia de parte legitimada; pero está mitigado por ciertas restricciones, ya que en modo alguno es admisible ni la transacción (artículo 1814 del Código Civil) ni la renuncia a la acción, mientras que el allanamiento tampoco produce sus efectos característicos y así, tales actos de disposición material y de acusación procesal son ineficaces porque el Estado no puede permitir que la filiación, como materia extracomercio y de interés público, se constituya “iussu iudicis” sin que la sentencia refleje al máximo de lo posible la verdad material, dado el alcance de la cosa juzgada y de la ulterior impugnabilidad de la sentencia. Iniciado el pleito mediante el ejercicio de la acción por parte legitimada, el interés público desplaza al interés particular, las partes, deducidos en juicio sus derechos, pierden la libre disposición de los mismos; los particu-

lares no pueden disponer de su condición civil como disponen de sus bienes.

D. José interpuso en su día demanda de juicio declarativo de menor cuantía reclamando su paternidad no matrimonial respecto del menor Antonio José, nacido en 15 de febrero de 1988 de la relación con Dª Amparo, demandada en el mismo procedimiento, y a la vez ejercitó la acción de impugnación de la filiación matrimonial paterna respecto del esposo de aquella y actualmente divorciado D. Francisco, siendo demandado igualmente, y ambos demandados, en el trámite de sus correspondientes contestaciones a la demanda, reconocieron los hechos en el sentido de que efectivamente el niño lo era del demandante. Sin embargo, la sentencia de instancia desestima la demanda. Pudiendo entender las contestaciones a la demanda como allanamiento a la misma, no mostrando oposición los demandados a las pretensiones del actor, es obvio cómo en los procesos sobre filiación el allanamiento es posible y admisible, pero no es eficaz: es admisible porque nadie puede ser obligado a oponerse en un pleito en contra de su voluntad; pero es ineficaz ya que el juzgador no está obligado a dictar una sentencia estimatoria, el demandante no se libe-

ra de la carga de la prueba de los hechos alegados, y el proceso de filiación no puede ser medio idóneo, mediando acuerdo de las partes, para crear una verdad formal inexpugnable, perjudicando a otros legitimados que en el futuro puedan reclamar o impugnar la filiación y así, un modo de derivación extrajudicial de la filiación no puede quedar amparado por la cosa juzgada si no median verdaderas pruebas que permitan establecer el “status filii” de un modo definitivo e inexpugnable “ad futurum”.

El Derecho de Familia, sin dejar de estar integrado en el Derecho Privado, ha evolucionado hasta situarse en muchos aspectos en los umbrales del Derecho Público e impregnarse de normas imperativas, y así el Tribunal Supremo se ha hecho eco repetidamente del cambio evolutivo del Derecho de Familia, y así por ejemplo, las sentencias de 15 de marzo y 5 de mayo de 1989 y 30 de enero de 1993, que hablan del tránsito del principio de verdad formal o presunta al de verdad material o biológica; y así, el principio de aportación de parte o de controversia da paso en los procesos sobre filiación al principio inquisitivo, el juez debe buscar la

verdad material aunque sin alterar la causa de pedir, y puede completar generosamente la actividad probatoria de las partes buscando la prueba de los hechos alegados por éstas y haciendo uso del mecanismo de las diligencias para mejor proveer. La sentencia de 5 de abril de 1990, en que debe buscarse la verdad material en bien de los hijos. Y la sentencia de 26 de febrero de 1993 que posibilita la prueba biológica acordada para mejor proveer. Pues bien, este es el caso presente, el juez de instancia valora correctamente la prueba practicada en las actuaciones a tenor del principio dispositivo, pero en uso de su facultad “inquisitiva” acuerda la prueba biológica para mejor proveer, sin que las partes se sometan a ella a pesar de las facilidades dadas para su práctica, y lo único que queda es simplemente aquel reconocimiento de los hechos por los demandados, que el juez de instancia considera no suficientes y que la Sala debe aceptar porque en modo alguno puede considerarse todo lo alegado en los correspondientes escritos de formulación del recurso que ello sea lo más favorecedor para el menor Antonio José, ya que lo más favorecedor para éste sería saber su verdadera paternidad.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *La división del patrimonio común de una unión de hecho no es competencia del juzgado de familia.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de octubre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Margarita Noblejas Negrillo.

En la familia de hecho como es el caso, se distingue entre las relaciones progenitoras y sus hijos, también llamadas relacio-

nes verticales, de las horizontales, o relaciones entre personas que tienen exclusivamente una relación de pareja “more uxorio”

sin contraer matrimonio, no existiendo en las primeras autonomía de la voluntad, y sí en las segundas, concretándose las consecuencias de aquéllas, a las que se refiere el art. 39.3 CE exclusivamente en los arts. 92, 93, 11, 4 y 154 CC; o lo que es lo mismo, en las normas que configuran las relaciones paterno-filiales se prescinde de que exista o no matrimonio, lo que conlleva a que los procesos que afecten a estas relaciones no se rigen por el principio de rogación, sino por el de intervención de oficio, tal y como determinan los arts. 92 y 93 y ss. CC para los supuestos en los que se produce separación y divorcio, debiéndose adoptar las medidas y determinaciones que regulan la situación de los hijos menores asegurando así su protección. Tal existencia de hijos menores es la que ha determinado la competencia a los Juzgados de Familia que fueron creados por RD de 3 de julio de 1981, conforme a la Disposición final de la Ley de 7 de julio de 1981, los cuales tienen una competencia objetiva perfectamente delimitada, ya que es exclusiva en cuanto se le atribuye por disposición expresa legal el conocimiento de las

cuestiones comprendidas en el Título IV (art. 154 a 180) del Libro primero de CC y de aquellos otros que en materia de familia le sean otorgadas legalmente. Esta atribución competencial es, señala la STS de 2 de junio de 1994, de significado negativo, en cuanto no pueden dichos Juzgados conocer de otras materias que las explicitadas de acuerdo con lo ordenado en los arts. 53 y 55 LEC y 85 y 98 LOPJ.

En el caso, nos encontramos con una relación “more uxorio” de la que nacieron tres hijas, razón por la cual la competencia derivó al Juzgado de Familia, y siendo de acuerdo con lo expuesto, tal Juzgado incompetente objetivamente para conocer de materia ajena al ámbito competencia de dicho Juzgado, la consecuencia sobre la cuestión suscitada en esta alzada respecto a la división del patrimonio común, no puede ser otra que la misma a la que llega al Juez “a quo” plenamente conforme a la doctrina mencionada, lo que conlleva a que en definitiva el motivo que se examina deba ser asimismo desestimado.

XII. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIAÍSTICAS

1. *Al tener la causa de nulidad canónica (falta de discreción de juicio) paralelismo con la causa de nulidad civil (falta de consentimiento) procede conceder eficacia civil a la sentencia eclesiástica.*

AP AVILA, Sentencia de 24 de septiembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

Se ejercita en estos autos una acción de homologación de eficacia civil de las Sentencias de los Tribunales Eclesiásticos de la Diócesis de Avila referidas a la nulidad del matrimonio canónico contraído entre las partes litigantes, en cuyos autos compareció la parte demandada, la esposa, quien alegó

la excepción procesal de litispendencia y la de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado al MF. Con relación a la primera excepción, ya hemos declarado en Auto de fecha 23 de septiembre de 1998 que la excepción concurre en los autos de divorcio respecto de éste, toda vez que debe de-

clararse primero, en su caso, la solicitada homologación, y de denegarse, podría enjuiciarse el divorcio contencioso planteado por la recurrente, y no al revés, en base a los motivos y razonamientos que se ofrecen en aquella resolución judicial, y que aquí damos por reproducidos. La otra excepción, esto es, la falta en el procedimiento del MF ha sido subsanada por esta Sala, al traer a los autos al mismo, el que ha intervenido en la vista de este recurso de apelación, informando como tuvo por conveniente, como ya lo hizo en la primera instancia, como figura al folio 222 de los autos, y todo ello en virtud de la jurisprudencia que dimana de las TS SS, de fechas 21 de mayo de 1988 y 9 de julio de 1992, que sientan la doctrina de que aunque el MF intervenga con retraso convalida las actuaciones anteriores, al no integrar en puridad tal omisión causa de nulidad en el ordenamiento jurídico, como se comprueba con el examen de los arts. 247 a 253 LOPJ, y también la necesidad de su intervención, viene exigida por la doctrina marcada por la S de 21 de noviembre de 1996 (Sección 6.^a) de la AP Málaga.

Entrando, pues, en el análisis del fondo de la cuestión traída a conocimiento judicial, esto es, la referida homologación o concesión de efectos civiles de la Sentencia de nulidad eclesíástica, firme, dictada por los Tribunales de dicho orden, hemos de recordar la doctrina del TS, dictada con fecha 1 de julio de 1994, que extractó sus requisitos en los siguientes: Según el art. 80 CC y la disp. adic. 2.^a L. 30/1981 la eficacia en el orden civil de las Sentencias canónicas depende exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la Sentencia firme, esto es comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al Derecho del Estado, lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la Sentencia, conforme al derecho canónico,

no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español.

Analizando en profundidad la cuestión debatida debemos citar la Sentencia, también de la Sala 1.^a TS de 23 de noviembre de 1995, que señala que el art. 80 CC establece que las resoluciones de los Tribunales eclesíásticos de nulidad de matrimonio canónico, así como las pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, tendrán eficacia en el orden civil si el Juez competente las declara ajustadas al Derecho del Estado, conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 LEC. La interpretación de la norma, conforme a los dictados del art. 3 CC, se hace exigente en cuanto al alcance del necesario ajuste a la legalidad estatal, pues se establece así una especie de mecanismo jurídico de control atenuado a cargo de los Tribunales ordinarios, conforme declaró la Sentencia de dicho Tribunal de 10 de marzo de 1992 y que supera los estrictamente formales, en razón de haberse modificado el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos (Concordato de 1953) y evitar en todo caso el automatismo que se produciría por la inmediata eficacia de las Sentencias canónicas o decisiones administrativas pontificias, ya que ello vendría a conculcar frontalmente el art. 117.3 CE y la LOPJ. En esta línea del discurso hay que entender que el preciso ajuste legal no se agota procesalmente con que cumplan las condiciones más bien que requisitos, como textualmente dice el art. 80 CC, y a los que hace referencia el art. 954 LEC, dada la especialidad de la materia. Respecto a lo que dicho art. 954 LEC establece, sobre la concurrencia de licitud, se ha interpretado por la doctrina científica y jurisprudencial en el sentido de que no ha de contravenir el orden público del Estado, el que por su propia naturaleza, se presente variable y flexible, conforme a las circunstancias y realidades sociales (SS de 5 de abril

de 1966 y 31 de diciembre de 1979), al conformarse por principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y a su vez en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico. El problema del requisito de licitud se entronca necesariamente con el ajuste al ordenamiento del Estado que ya se ha dicho establece el art. 80 CC norma sustantiva particular al referirse a matrimonio celebrado conforme al Derecho Canónico y resulta ser aplicación del art. VI.2 del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979. El procedimiento a seguir lo regula la disp. adic. segunda de la L. 30/1981, de 7 de julio, que contempla actuaciones procesales propias de la jurisdicción voluntaria cuando no se produce oposición, en cuyo caso el proceso correspondiente será el juicio de menor cuantía (SS de 24 de septiembre de 1991, así como las del TC 22 de diciembre de 1988 y 8 de noviembre de 1993), como ocurre en el presente caso. Surge de esta manera problemática de interpretación del art. 80 CC, conforme a los preceptos constitucionales, la que ha de centrarse partiendo de respetar la Jurisdicción Eclesiástica, en cuanto actúa con sujeción a sus propias normas, como sucedió en esta cuestión. No resulta permitido, por tanto, entrar en el tema de desautorizar la resolución eclesiástica, y sí únicamente estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, lo que no representa que concorra una precisa, literal y férrea identidad entre las causas de disolución canónica y las civiles. Resulta más adecuado y conforme al sentido de los preceptos y tratados bilaterales vigentes, que no sólo se proceda a la comprobación de la concurrencia de los requisitos formales del art. 954 LEC, conforme se dejó expuesto y que se cumplieron en la presente cuestión, pues esta actividad por sí sola no satisface la función de examen a cargo de los Tribunales

del ajuste legal que el precepto civil 80 impone, lo que se alcanza si partiendo de darse como positivos los controles de forma, también se produce la licitud de la resolución a homologar no se trata de propia obligación que contempla el ap. 3.º del referido precepto procesal, 954 y que hay que referir necesariamente a que la nulidad matrimonial decretada eclesiásticamente, no se presenta como plenamente desajustada para generar un rechazo total, sino que exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación. Para ello ha de tenerse en cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el art. 16 CE, coincidente con el 18 Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 de diciembre de 1948). Al resultar acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que el Código Civil prevé en sus arts. 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles y consiguiente reenvío a las normas canónicas, los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte y también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, el ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las Sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden público interno, sustantivo y procesal y con el cumplimiento ne-

cesario de derecho a la tutela judicial que acoge el art. 24 CE.

Aplicando la anterior doctrina al caso debatido, la decisión eclesiástica se produce como consecuencia de considerar que los contrayentes no poseían la suficiente discreción de juicio para comprender cuáles eran los derechos y deberes esenciales del matrimonio, lo que se traduce en falta de consentimiento para el mismo, pues lejos de una interpretación estricta como la que patrocina la parte apelante cuando restringe su aplicabilidad a supuestos de inexistencia previa de voluntad, una recta inteligencia del art. 1261.1.º CC, como dice la Sentencia de la AP Zaragoza (Secc. 4.ª), de 11 de octubre de 1993, llevaría a entender también ausente el consentimiento contractual en aquellos otros casos de error obstativo, traducidos en la ignorancia del significado esencial del matrimonio o del conjunto de derechos y deberes (arts. 66 y ss. del propio Cuerpo legal) que lo configuran. Concurriendo este caso como supuesto de ausencia de consen-

timiento, no debemos pronunciarnos sobre el segundo sustentado en la Sentencia eclesiástica, ya que aquél conforma plenamente el juicio de homologación, por falta del consentimiento, sin que quepa, por esta vía, realizarse una revisión jurisdiccional de lo resuelto por los Tribunales eclesiásticos, sino simplemente constatar que la causa invocada, contradicha y probada tiene paralelismo, aunque sea radial, con las causas de nulidad del matrimonio civil previstas en nuestro Código Civil, como dijo ya el TS, pues únicamente debemos estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, “lo que no representa que concurra una precisa, literal y férrea identidad entre las causas de disolución canónica y las civiles”. Como argumento de refuerzo la STS de fecha 23 de noviembre de 1995 (anteriormente citada) homologó un supuesto de matrimonio rato y no consumado, conforme al tenor literal del art. 80 CC, y es claro que la inconsumación matrimonial no genera vicio de nulidad civil en nuestro Derecho.

XIII. TEMAS PENALES

1. *Procede condenar al denunciado por impago de pensiones, ya que éste no puede sustituir su obligación por la concertación de un plan de pensiones del que la menor no podrá disponer en la actualidad. No excluye la aplicación del tipo penal que no haya habido requerimiento de pago, pues era sabido por el acusado su obligación de abonar todos los meses la citada pensión.*

AP ORENSE, Sentencia de 6 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ángela Domínguez-Viguera Fernández.

El recurso de apelación interpuesto por el denunciado se centra, fundamentalmente, en dos motivos: a) que ingresó la misma cantidad establecida judicialmente en favor

de su hija menor en concepto de pensión alimenticia, en un “plan de futuro”, concertado en favor de dicha menor, durante el período a que se concreta el impago señalado

tanto en la denuncia como en la resolución apelada, y b) que el denunciado no fue requerido previamente de pago, ni después de la interposición de la denuncia para que sustituyese el “plan de futuro” por el abono efectivo de la prestación alimenticia.

Ambos motivos deben de ser desestimados, en primer término porque la finalidad propia del precepto que sanciona la conducta imputable al recurrente (art. 227 del Código Penal) es la de tutelar la seguridad de los miembros de la familia económicamente más débiles, singularmente los hijos cuya protección viene impuesta legalmente no sólo en base a los arts. 142, 143 y 154 del Código Civil, sino incluso constitucionalmente. De modo que ha de tenerse en cuenta la naturaleza alimenticia de la pensión, derivada de la situación de necesidad de la beneficiaria, y su propio concepto: “Todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, instrucción, etc.” del alimentista, esto es para satisfacer sus necesidades más perentorias e inmediatas y su seguridad de toda índole que no puede verse afectada por la separación conyugal. Por consiguiente la obligación del alimentante no puede ser sustituida por la concertación de un “plan futuro de pensiones” de cuyas aportaciones la menor no podría disponer, sino en una época

muy posterior, modificando así el apelante el contenido y la finalidad de la resolución judicial, de modo unilateral y voluntario, dejando con ello de satisfacer en forma consciente (lo que ya de por sí reúne el requisito del elemento intencional del tipo) la prestación económica en su día convenida y aprobada judicialmente. Y sin que hiciese uso de su facultad de instar la correspondiente modificación de medidas si estimase que habrían variado las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

Por otra parte la inexistencia de requerimiento de pago tampoco excluye la aplicación del tipo penal examinado, pues no constituye un requisito para su aplicación (SAP de Toledo de 4 de julio de 1994), por lo que no cabe exigir su concurrencia, tanto más cuanto que el acusado conocía la resolución judicial que le impuso tal obligación, y además vino cumpliéndola puntualmente durante más de un año, hasta la fecha de la denuncia, señalada en la resolución judicial apelada; que en consecuencia debe ser mantenida, dando por reproducidos los fundamentos jurídicos en ella analizados, en cuanto a los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal enjuiciado, y que en el presente caso concurren.

2. *La recurrente considera acreditada la capacidad económica del denunciado que deduce de indicios como el despido sin indemnización, una empresa sin actividad y una situación de salud física y mental a pesar de no tener trabajo durante largo tiempo, sin embargo la Audiencia aprecia que los mismos no son más que meras suposiciones o probabilidades que no han quedado acreditadas.*

AP MADRID, Sec. 6ª, Sentencia de 12 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Mendoza Muñoz.

Se impugna la sentencia de instancia, alegando que la misma incurre en un error de

hecho en la apreciación de las pruebas, al estimar solo lo que de alguna manera sostiene

ne la tesis de la insolvencia sin detenerse en las cuestiones como un despido sin indemnización, una empresa sin actividad y una situación de salud física y mental difícilmente sostenible por alguien que llevara siete años sin trabajo, indicios suficientes para destruir la presunción de inocencia.

La figura penal del abandono de familia consagrada en el art. 227 del vigente Código Penal —antes párrafo segundo del art. 487 del CP de 1973—, aparece en nuestro Código como un auténtico delito de omisión, porque el comportamiento que se sanciona consiste en un no hacer por parte de una persona que se encuentra obligada a observar un determinado comportamiento positivo. La legislación civil impone a determinadas personas, respecto de aquellas otras a las que se hallan ligadas por un concreto y próximo vínculo de parentesco, la obligación de prestar alimentos (arts. 142 y ss. del Código Civil). Si tal obligación se incumple dentro de los específicos supuestos previstos expresamente en esta norma penal (línea recta y matrimonio), y ello ocurre con especial intensidad, de modo que deje de prestarse la asistencia indispensable para el sustento, entonces se incurre en esta infracción criminal.

Es sin embargo preciso que en este delito concurra el elemento que aparece exigido para la infracción definida, que en la redacción del Código Penal de 1973 operada por la LO 89 en la que se explicitaba en “pudiendo hacerlo”, porque es evidente que a quien carece de capacidad económica suficiente para realizar la prestación alimenticia no se le puede exigir su cumplimiento. Por ello ha de constar acreditada como hecho probado la realidad de tal capacidad económica para la imposición de una condena por este delito, verdadera cuestión que se plantea por la parte recurrente en su motivo de impugnación de la resolución recurrida.

Así, el recurrente considera acreditada esta capacidad económica de lo que a su juicio estima son indicios como el despido sin indemnización, una empresa sin actividad y

una situación de salud física y mental a pesar de no tener trabajo durante largo tiempo, sin embargo este Tribunal aprecia que los mismos no son más que meras suposiciones o probabilidades, pues los indicios como hechos determinantes requieren de una prueba directa que de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, lleven a la conclusión de que, si son ciertos, ha de serlo el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate, además de no dejar margen a la equivocidad, la adivinación o mera conjetura —STS 20 de diciembre de 1995—, que en el presente caso no sucede según se deriva de la prueba practicada, ya que ésta en efecto acredita la existencia de un despido pero no que recibiera el acusado en instancia indemnización alguna pues solo existe el reconocimiento de este extremo por el propio acusado pero no dato o elemento alguno que acredite que cobró indemnización; igualmente la empresa de la que el acusado en instancia es partícipe y además con un fin social coincidente con su profesión consta por la prueba documental del Registro Mercantil y de la Hacienda Pública, obrante en autos, que la misma se encuentra sin actividad, es más existen declaraciones de IVA negativas en todos los años de su fundación; en cuanto a la salud del acusado a pesar de no trabajar, también significar que no se ha aportado ningún elemento de prueba que acredite que él está trabajando, toda vez que las certificaciones de la Seguridad Social y de Hacienda acreditan que no está dado de alta en la primera en ninguno de los regímenes ni declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas en los últimos cuatro ejercicios fiscales y respecto a la manutención del mismo la testigo B. con la que convive ha depuesto que vive a expensas de la misma; tampoco existe constancia de que posea algún bien inmueble que no sea el conyugal, el cual lo posee la recurrente. Por tanto sólo queda como elemento de duda el que no solicitara la modificación de las medidas acordadas, pero la manifestación del acusado en instancia al respecto aclarando que las solicitó cuando tuvo conocimiento

oficial de que podía hacerlo, lleva a pensar que sí antes no lo hizo fue por su desconocimiento, pero aun cuando esto no sea así no es un dato o indicio suficiente para acreditar la capacidad económica, cuando como antes se ha expuesto existe prueba documental que acredita su incapacidad al menos en apariencia. En consecuencia todo lo expuesto lleva

a este Tribunal a concluir que el elemento expresado en el ordinal necesario para integrar el tipo penal de abandono de familia no ha quedado acreditado por las acusaciones ante la inexistencia de prueba de cargo suficiente practicada en el acto del plenario, por lo que procede desestimar el motivo del recurso.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. Al ser de aplicación la legislación foral de Navarra, el reconocimiento del hijo no matrimonial efectuado por el padre ante el Encargado del Registro Civil no necesita ser completado con ningún otro consentimiento.

RESOLUCIÓN de 7 de mayo de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil el 13 de noviembre de 1997 D. J.G.C. reconoció como hijo no matrimonial suyo al niño E.G.R. nacido el día 21 de octubre de 1997, hijo de D^a M.C.G.R. alegando que el compareciente y la madre convivieron desde julio de 1996 hasta el 20 de abril de 1997.
- Notificada la madre, ésta compareció manifestando que E.G.R. no es hijo del compareciente y que impugna el reconocimiento realizado.
- Con fecha 21 de enero de 1998 la Juez encargada acordó inscribir la paternidad no matrimonial reconocida, de modo que E.G.R. pasará a llamarse G.G. En los fundamentos jurídicos se pone de relieve que el Fuero Nuevo de Navarra contiene una regulación completa de la filiación, de modo que no es procedente aplicar al caso el artículo 124 del Código Civil. La Ley 69 es muy clara en el sentido de que el reconocimiento de un menor de edad, otorgado en forma, no está sujeto a requisito supletorio alguno de consentimiento, sin perjuicio de que pueda ser impugnado conforme a la Ley 70.

Añade la cita de varios autores que han llegado a la misma conclusión y rebate los argumentos de la madre ya que no hay contradicción entre la filiación materna y la paterna; no se ha ejercitado acción judicial de reclamación de la filiación y el artículo 185 del Reglamento es ajeno al caso debatido.

- D^a M.C.G. recurrió la resolución del Encargado del Registro. En la tramitación del recurso don J.G.C. impugnó el mismo, poniendo de relieve que las leyes navarras no exigían acompañar prueba alguna del reconocimiento de la filiación; que el reconocimiento voluntario está totalmente regulado en el Fuero Nuevo y que la salvedad de la Ley 68 cobra sentido si se refiere a reconocimientos no formales, como los de los artículos 47 y 49 de la Ley del Registro Civil, como así lo ha entendido la doctrina.
- La DGRN desestima el recurso y confirma el auto apelado.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

Se parte en este recurso de la base indiscutida de que al nacido le corresponde la vecindad civil navarra (cfr. artículos 9.4 y 14 CC), de modo que las cuestiones suscitadas en orden a la determinación de su filiación han de resolverse a la luz de lo que establecen las normas civiles vigentes de Navarra.

No hay duda de que respecto de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento las normas forales navarras contienen una regulación completa, de modo que es improcedente completarlas con normas contenidas en el Código civil. Concretamente el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre por declaración ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69) no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro Civil no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de los requisitos que el artículo 124 del Código civil exige tratándose de reconocimientos regulados por el Derecho común.

No puede argüirse contra esta aplicación clara y directa de las normas forales que la Ley 68 del Fuero Nuevo de Navarra señale que la filiación no matrimonial se determina

para cada uno de los progenitores por su reconocimiento, “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro Civil” porque esta salvedad ha de interpretarse en el sentido de que siguen vigentes las formas de determinación de la filiación no matrimonial reguladas especialmente en la Ley del Registro Civil, como sucede con las hipótesis de los artículos 47 (determinación de la filiación materna por coincidir en ella la declaración y el parte médico) y 49 (determinación por expediente de la filiación paterna o materna), respecto de las que guarda silencio el Fuero Nuevo de Navarra. Por el contrario la determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento voluntario está regulada íntegramente por la Ley Foral y su aplicación no puede quedar desvirtuada exigiendo, contra la letra de las normas, requisitos no impuestos por éstas.

Ha de advertirse finalmente que el hecho de que el reconocimiento sea válido e inscribible no impide que el mismo pueda ser impugnado, no ya sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría y con justa causa (cfr. leyes 69 y 70), pero es claro que tal impugnación requiere ejercitar judicialmente la correspondiente acción.

2. MATRIMONIO

2.1. *Procede denegar la inscripción del matrimonio celebrado por poder teniendo en cuenta las contradicciones absolutas e insalvables entre las declaraciones de uno y de otro sobre cómo entraron en relaciones antes de la boda, el desconocimiento mutuo sobre las circunstancias e identidad de ambos, y la falta posterior de contacto entre ellos, ni siquiera por carta ni por teléfono.*

RESOLUCIÓN de 1 de junio de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 20 de septiembre de 1996 se celebró en La Habana el matrimonio entre D. Domingo (de nacionalidad española) y D^a Vivian (de nacionalidad cubana). D. Domingo otorgó para tal acto un poder notarial a favor de D. Guillermo.
- Solicitada la inscripción en el Registro Civil Consular de La Habana, el Cónsul interesó que se llevase a efecto la audiencia reservada del contrayente de nacionalidad española, la que tuvo lugar en el Registro Civil de Medina Sidonia (Cádiz). En dicha audiencia manifestó: que en el mes de junio o julio de ese año viajó con su jefe a Cuba por motivos de negocios, que allí enfermó y le atendió la contrayente que cree que es médico, con el trato la cogió cariño y la propuso matrimonio, que no recuerda cómo se llama, y ella aceptó, que cuando regresó a España fue con su jefe a una Notaría y firmó unos papeles desconociendo el contenido de los mismos. Que desde que regresó de Cuba no ha tenido ningún contacto con ella y desconoce si el matrimonio se ha celebrado, que no conoce a su familia e insistió en su deseo de contraer matrimonio con D^a Vivian.
- Practicada la audiencia reservada a la contrayente en el Registro Civil Consular, manifestó: que a finales de 1995 entró en contacto con D. Domingo por medio de una carta después de ver unas fotos que le había enseñado un amigo del primero, que a D. Domingo no le conoció hasta después de contraer matrimonio, por poder, el 20 de septiembre de 1996, poco tiempo después viajó a Cuba y convivieron durante diez días, que es la única vez que estuvo en Cuba y que se encontraba en perfecto estado de salud, que precisa viajar a España pero ignora si se quedará o regresará a Cuba.

- El Canciller del Consulado en funciones del Ministerio Fiscal informó que a la vista de las declaraciones de los contrayentes parece que existe error en la identidad de la persona cuando habla de su esposo don Domingo, tampoco existe consentimiento matrimonial por parte de la esposa, por lo que según el artículo 73 CC se opone a la inscripción del matrimonio en ese Registro Consular.
- El día 21 de julio de 1997 el Cónsul General de España en La Habana encargado del Registro Civil Consular dictó auto denegando la inscripción solicitada por considerarlo nulo, al no existir real consentimiento matrimonial y haberse celebrado con un claro error en la identidad de la persona del otro contrayente, según los artículos 27 LRC, 45, 49, 51, 55, 56, 61, 65 y 73 del CC, y 256 del RRC.
- D. Domingo presentó recurso ante la DGRN, alegando que no existe error en la identidad de la persona a la vista del poder otorgado para contraer matrimonio, que no se han tenido en cuenta las manifestaciones efectuadas en las que declaraba que había mantenido relaciones epistolares durante dos años con D^a Vivian, que había surgido una relación afectuosa y habían decidido casarse libre y voluntariamente.

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (artículos 45 y 73.1.º CC). Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (artículo 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el

enlace (cfr. artículos 56, I, CC y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la “lex loci”. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales —sin excepción alguna— para la celebración del matrimonio (cfr. artículo 65 CC), y esta comprobación, si el matrimonio consta por “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (artículo 256.3º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y “de las declaraciones complementarias oportunas” se llegue a la convicción de que no hay dudas “de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española”. Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en

virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23, II, de la Ley y 85 de su Reglamento.

Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (artículo 1253 CC) que el matrimonio es nulo por simulación.

En este caso concreto, se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 20 de septiembre de 1996, entre un español y una cubana, y en él hay los siguientes hechos objetivos comprobados: Los contrayentes se casan por medio de un poder especial; hay contradicciones absolutas e insalvables entre las declaraciones de uno y de otro sobre

cómo entraron en relaciones antes de la boda; existe un desconocimiento mutuo sobre las circunstancias e identidad de ambos, y él manifiesta que no ha vuelto a tener contacto, ni siquiera por carta ni por teléfono.

De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones del Ministerio Fiscal (artículo 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su inmediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. artículo 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

2.2. Procede denegar la inscripción del segundo matrimonio hasta tanto conste inscrito el primero de ellos y la sentencia de divorcio dictada por un tribunal de Estados Unidos obtenga el preceptivo exequátur ante el Tribunal Supremo.

RESOLUCIÓN de 4 de junio de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jesús (de nacionalidad cubana) contrajo matrimonio con una española en el año 1972 en el Consulado de Cuba en Madrid, obteniendo en el año 1977 la sentencia de divorcio en Estados Unidos. En el año 1980 D. Jesús contrajo nuevo matrimonio en Miami (Florida) con D^a Anahiath (nacida en Colombia, soltera, estadounidense).

- Con fecha 26 de diciembre de 1988, D. Jesús obtuvo la nacionalidad española por residencia, solicitando en 1997 la inscripción del segundo matrimonio en el Registro Civil Central.
- Con fecha 17 de diciembre de 1997, el Juez Encargado dictó un acuerdo por el que se denegaba la inscripción de matrimonio solicitada argumentando que, según los artículos 107 CC y 83 RRC no se puede inscribir un segundo matrimonio en tanto en cuanto no se inscriba el primer matrimonio del esposo en el Registro Civil único de Madrid, y con posterioridad la sentencia de divorcio dictada por tribunal norteamericano no sea ejecutada ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- D. Jesús interpuso recurso ante la DGRN alegando que su primer matrimonio celebrado en el año 1972, en el Consulado Cubano de Madrid, nunca se registró en el Registro Civil español por lo que no tiene ninguna validez en España, por lo que solicita se proceda directamente a inscribir su segundo matrimonio contraído con D^a Anahiath.
- Admitido el recurso el Ministerio Fiscal informó que ha de inscribirse el primer matrimonio en el Registro Civil único, y una vez inscrito éste ha de obtenerse el exequátur de la sentencia de divorcio (artículo 170 CC).

RESOLUCIÓN DE LA DGRN

Para que produzca efectos en el ordenamiento español la sentencia norteamericana de divorcio que afecta a una española es imprescindible (art. 107, II, CC) que la misma sea reconocida en España conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil, de modo que, no existiendo tratado internacional sobre este punto, ha de obtenerse su exequátur ante la Sala 1^a del Tribunal Supremo. Mientras este trámite no quede cumplido, no es posible la inscripción del segundo matrimonio del divorciado de una española por subsistir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen (cfr. art. 46.2^o CC).

Frente a este razonamiento, el recurrente alega en el recurso que su primer matrimonio en el Consulado de Cuba en Madrid es nulo y, por ende, no inscribible. Ahora bien, cualquiera que sea la solución actual después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no puede sostenerse

que en el ordenamiento español vigente en 1972 fuera indubitadamente nulo el matrimonio consular celebrado en España por un español y un extranjero. Como indicó con abundantes razones la Resolución de este Centro Directivo de 20 de enero de 1983, la interpretación del entonces en vigor último párrafo del artículo 100 del Código Civil llevaba a la conclusión de que tales matrimonios consulares eran válidos e inscribibles en el Registro español.

En fin, el hecho de que este matrimonio consular no haya sido inscrito aún en el Registro no es razón que permita una desviación de la conclusión expuesta. Ese matrimonio, formalmente válido, ha producido efectos desde su celebración (arts. 61 CC y 70 LRC), debiendo promoverse su inscripción incluso de oficio por exigencias del principio de concordancia entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral (arts. 24 y 26 LRC y 94 RRC).

3. VIVIENDA

3.1. *No procede denegar la anotación de un mandamiento de embargo decretado sobre una vivienda privativa ante el riesgo de que pueda ser la habitual del deudor y su familia. No recae sobre el ejecutante la carga de probar que la vivienda embargada no es la habitual.*

RESOLUCIÓN de 13 de julio de 1998.

- El Juzgado de Primera Instancia, en autos de juicio de cognición seguidos a instancia de la Caja de Ahorros de M. contra D^a Elisa sobre reclamación de cantidad, acordó el embargo de dos viviendas de carácter privativo propiedad de la demandada que se encontraba casada en régimen de separación de bienes. D^a Elisa tuvo que ser emplazada por edictos, declarándose posteriormente en rebeldía.
- Presentado el mandamiento en el Registro de la Propiedad se suspendió la anotación de embargo en base a que no consta el estado civil de la demandada ni se indica si alguna de las viviendas embargadas constituye su domicilio familiar habitual y, en su caso, haberse notificado al esposo la existencia del procedimiento. La entidad ejecutante solicitó al juzgado la adición del mandamiento, que no fue acordada por el juzgado, ya que no constaba en autos el haberse dado traslado de la demanda al esposo a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y, en cuanto al estado civil de la demandada, solamente le consta al Juzgado la nota simple del Registro de la Propiedad número 2 de Orihuela, aportada por la parte actora.
- Vuelto a presentar en el Registro de la Propiedad citado el mandamiento, el Registrador suspende la anotación preventiva de embargo, ya que no resulta del mismo que el estado civil actual de la demandada sea el de viuda o divorciada, o que ninguna de las dos viviendas embargadas es vivienda habitual de la familia, o que se ha notificado al esposo de la demandada.
- Interpuesto recurso gubernativo contra dicha calificación, fue estimado por el Presidente del TSJ de Valencia.
- La Caja de Ahorros ejecutante presentó recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE VALENCIA

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Las dos fincas embargadas a la demandada están adquiridas por ésta, casada en régimen de separación de bienes desde el año 1978 y están inscritas con carácter privativo a su favor. Que estos datos se deducen de los libros del Registro. Que el artículo 1320 del Código Civil se refiere a una disposición voluntaria de los bienes, pero aquí se trata de un proceso de ejecución forzosa y judicial. Que de ser de otra manera dicho artículo hubiera entrado en pugna con el artículo 1911 del mismo cuerpo legal. Que el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el orden a seguir en los embargos y en los artículos 1448 y 1449 de la citada Ley se declaran únicamente inembargables los bienes y derechos que se citan, entre los que no se encuentran las dos fincas referidas. Que el mandamiento que es objeto de este recurso dice que la demandada ha sido declarada en rebeldía y en paradero desconocido, por lo que es obvio que ninguna de las dos fincas es su domicilio familiar. Que, por último, si la deuda es privativa de la esposa y los bienes embargados son privativos de ella, no se tiene por qué dar traslado de la demanda al esposo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Que hay que citar lo que establecen los artículos 1320, 1437 y 1440 del Código Civil, de los que se deduce que, existiendo régimen de separación de bienes, la disponibilidad y administración de los mismos, así como la garantía de las deudas por ellos contraídas, corresponde exclusivamente a cada uno de los cónyuges; y queda claro que la prohibición de disponer de la vivienda habitual y del mobiliario familiar únicamente se refiere a la disposición voluntaria de los mismos, no a la ejecución forzosa. En este sentido, se manifiesta la Resolución de 17 de diciembre de 1987. Que es obvio que estando la demandada en ignorado paradero ninguna de las dos viviendas

embargadas se puede decir que sean su domicilio habitual.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que el artículo 1320 del Código Civil, en la reforma del año 1981, estableció el consentimiento de ambos cónyuges para que uno de ellos pudiese disponer de sus derechos sobre la vivienda habitual de la familia. Que esta norma protectora de la institución familiar se completa por el número 5 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (redacción de 1984).

Que aplicando la norma reglamentaria citada, y a la vista de la redacción del mandamiento calificado, se señaló la existencia del defecto que impedía la práctica de las anotaciones ordenadas, por no haberse cumplido lo dispuesto en la referida norma reglamentaria ni negarse el carácter de vivienda habitual de la familia de las dos viviendas embargadas.

Que no se trata de tres defectos, como erróneamente se ha interpretado por la recurrente, sino de uno sólo. Lo que ocurre es que se ofrecen tres alternativas:

a) Si la demandada ya no estuviere casada, sino viuda o divorciada, hubiera dejado de ser aplicable la exigencia del Reglamento.

b) Si ninguna de las viviendas embargadas fuese vivienda habitual de la familia no sería necesaria la notificación al cónyuge; esto tiene que decirlo expresamente el mandamiento, pues el Registrador no puede actuar en base a simples conjeturas.

c) Que si la demandada sigue estando casada y las viviendas embargadas (o alguna de ellas) constituye la vivienda familiar habitual, tiene que ser notificado el cónyuge.

3. Informe del Magistrado-Juez.

La Dirección General ha interpretado el artículo 144.5º del Reglamento Hipotecario,

en el sentido de que es posible acreditar, en cualquier forma indubitada, que la vivienda no sea domicilio conyugal, facilitando así las anotaciones de embargo. Que el citado precepto excede de su función adjetiva y vulnera otras normas legales de mayor rango, como las que establecen la responsabilidad universal de deudor. Que cabe admitir la necesidad de una interpretación restrictiva, así como la posibilidad de probar, por cualquier medio, el cumplimiento de los requisitos reglamentarios. Que en el mandamiento se dejó constancia de la declaración de rebeldía de la demandada, lo que conlleva que la demanda se haya notificado y publicado en los lugares de costumbre. Que en la demanda se pidió la notificación al esposo de la demandada, pero si aquélla no pudo ser

hallada tampoco lo fue su esposo, y debe considerarse suficiente para el conocimiento del esposo la publicación en los diarios oficiales y con ella considerar practicada la notificación, o sea, que se pusieron los medios para que el esposo tuviera conocimiento de la demanda, y que, además, en los libros del Registro constan como domicilios otros distintos de los inmuebles hoy embargados.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Valencia.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota de Registrador, fundándose en haber decaído la única causa que impide la anotación preventiva de embargo.

RECURSO ANTE LA DGRN

El Registrador de la Propiedad apeló el auto presidencial, manteniéndose en los fundamentos expuestos en su informe.

Los fundamentos jurídicos de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que desestimó el recurso, son los siguientes:

Primero.—Se debate en el presente recurso sobre la procedencia de la anotación de un embargo decretado en trámite de ejecución de sentencia dictada en juicio de cognición, trabado sobre dos viviendas privativas de un cónyuge, sitas en Torrevieja, habida cuenta que, según el mandamiento calificado, el domicilio del deudor es precisamente una de las viviendas embargadas y no se ha notificado la demanda al cónyuge del deudor. Según la inscripción de la adquisición por el deudor de la vivienda embargada, considerada como su domicilio en los autos, ocurrida el 4 de agosto de 1989, el domicilio del titular registral es precisamente dicha vivienda; sin embargo, en la inscripción de la adquisición de la otra vivienda embargada, ocurrida el 26 de septiembre de 1989, el domicilio del

adquirente es en Bilbao, calle Z.; es de destacar, además, que siendo adquirida dicha vivienda con precio parcialmente aplazado y garantizado con condición resolutoria, se fija como domicilio para requerimientos y notificaciones el que se acaba de reseñar en último lugar.

Segundo.—Se trata, pues, de determinar el específico alcance de una norma reglamentaria, el párrafo final del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, cuyo tenor literal envuelve, pese a su aparente claridad, importantes dificultades y objeciones, tanto de coordinación sistemática con el resto del sistema jurídico en el que se incardina, como de propia operatividad práctica.

Tercero.—Prescindiendo por ahora de otras consideraciones y ateniéndonos exclusivamente a su tenor literal, el precepto no sólo peca de incoherencia, sino que su aplicación estricta puede resultar estéril. En efecto, cuando se interpone la demanda no se sabe aún si se va a llegar al embargo (piénsese en la demanda declarativa y no sólo en la ejecutiva) ni, en su caso, qué bienes se van a embargar posteriormente, por lo que única-

mente se pedirá el emplazamiento del demandado y no se hará notificación adicional a su cónyuge (es más, como la demanda lo único que pretende es la obtención de una sentencia condenatoria contra el titular pasivo de la deuda, es perfectamente posible que no figure en ella ni el estado civil del deudor ni, en su caso, el nombre del cónyuge); supeditar por ello la efectividad de un posterior trámite procedimental, como es el embargo, a la realización previa de esa notificación es, cuando menos, sorprendente. Y por otra parte, aun cuando el demandante hubiera tenido la precaución de pedir desde el principio que se notifique la demanda al cónyuge de su deudor (precaución que exige saber primero el estado civil de éste, siendo así que nada impone al acreedor el deber de conocer e indicar ese dato en la demanda, pues únicamente pretende la condena de su deudor), ha de preguntarse qué utilidad le puede reportar a ese cónyuge el conocimiento de la existencia de una demanda contra su consorte, pues:

a) Dicha notificación no le advierte del peligro de ejecución de la vivienda habitual, dado que, aunque la demanda sea estimada, no es inexcusable el subsiguiente embargo de aquélla.

b) La eficacia relativa de la sentencia (confróntese el artículo 1252 del Código Civil) asegura al consorte del deudor que ni sus bienes ni los posibles bienes comunes están amenazados.

c) Al no ser deudor el consorte, carece de legitimación pasiva para oponerse. Estas objeciones ponen ya de manifiesto que no es la propia demanda, como reza el artículo 144.5 de Reglamento Hipotecario, lo que deberá ser comunicado al cónyuge del deudor, sino el propio embargo de la vivienda de su consorte, pues es esta medida y sus repercusiones lo único que le atañe y contra lo único que puede reaccionar.

Cuarto.—Pero al margen de estas consideraciones iniciales, no pueden dejar de señalarse las dificultades de armonización que una interpretación estrictamente literalista

del precepto plantea. En primer lugar, se conculcaría el principio constitucional de reserva legal de la regulación de los procedimientos a través de los cuales se hace efectiva la potestad jurisdiccional (confróntese el artículo 117.3 de la Constitución Española), en cuanto una norma de carácter reglamentario vendría a imponer un trámite procedimental adicional para que una sentencia condenatoria dictada contra cierta persona pueda ser ejecutada sobre sus propios bienes (advuértase que la notificación se exige para la procedencia del embargo mismo y no sólo para su anotación).

Quinto.—Llegados a este punto, podría invocarse que el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario halla pleno cobijo en el artículo 1320 del Código Civil, en cuanto adapta en el ámbito registral la protección que este precepto del código establece para la vivienda habitual. Mas, al respecto, debe señalarse: a) Que sin prejuzgar ahora sobre la aplicación de este precepto del Código Civil al ámbito de las enajenaciones forzosas de carácter judicial, ni siquiera la respuesta afirmativa autorizaría una delegación al Reglamento Hipotecario para desarrollar las consecuencias procesales de la previsión sustantiva en materia de vivienda habitual; b) que el artículo 1320 del Código Civil en ningún caso puede servir de soporte para el contenido normativo del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario, pues éste tiene una significación y alcance que desbordan claramente los de aquella norma legal, y es que mientras el artículo 1320 del Código Civil establece una cautela que sólo es de aplicación cuando se disponga de la vivienda habitual, el 144.5 del Reglamento Hipotecario, en cambio, establece un trámite procesal aplicable a todo embargo de vivienda, a menos que conste que no es la habitual del deudor. En efecto, el artículo 1320 del Código Civil no establece que para que una persona casada pueda disponer de una vivienda privativa suya deba justificar que no es la habitual de su familia, ni siquiera le impone que al tiempo de la disposición niegue tal carácter de la vivienda que trasmite si no concurre

su consorte; establece únicamente que si la vivienda es efectivamente la habitual del disponente y su familia, esa enajenación por el titular sin contar con el consorte y sin formular aquella manifestación, será ineficaz, y que, en cambio, ni se ha formulado esta manifestación, aunque sea inexacta, será suficiente para proteger al adquirente de buena fe; por ello, si el Reglamento Hipotecario ha de ser consecuente con este mecanismo —y ha de serlo, dado su rango normativo—, no debería exigir ninguna manifestación negativa sobre el carácter de la vivienda a embargar para que sea posible su embargo por deudas de titular único, sino que debería limitarse a señalar que si el embargo recae sobre vivienda habitual y no se ha dado conocimiento de ello al cónyuge del deudor, la enajenación forzosa podría ser ineficaz, a menos que en el procedimiento concurriesen circunstancias —la manifestación del ejecutado o cualquier otra— que justificasen la confianza del adquirente de que la vivienda ejecutada no era la habitual del deudor. Es decir, debería limitarse a establecer una restricción a la posible eficacia del embargo —y del remate— de vivienda del deudor, cuando siendo aquélla su residencia habitual no se ha dado conocimiento oportuno al consorte, al igual que hace el artículo 1320 del Código Civil, que establece una limitación a la facultad dispositiva que sobre vivienda privativa corresponde al cónyuge titular cuando ésta es la habitual de su familia.

Sin embargo, el Reglamento Hipotecario va más allá, en cuanto que para garantizar el respeto de aquella limitación establece una restricción a todo embargo de una vivienda, sea o no la habitual, la cual sólo cesará si se manifiesta por el transmitente o resulta del mandamiento que no se está ante la vivienda habitual del interesado.

Sexto.—Es esta restricción al embargo de toda vivienda por el riesgo de que pueda ser la habitual del deudor la que debe ser rechazada, pues, sobre no poder fundarse ya en el artículo 1320 del Código Civil, resulta ajena al propio sistema jurídico, en general y, en especial, al registral, por cuanto: a) Se niega

el embargo de bienes que pueden ser perfecta e inequívocamente embargables por no tratarse de viviendas habituales del ejecutado, por el solo riesgo de que puedan serlo, cuando no se niega el embargo de bienes que estén en poder del deudor ante el más grave riesgo de que puedan ser ajenos; del mismo modo que ante esta posibilidad no se paraliza el embargo, sino que se deja a salvo la tercera de dominio y se respetan los derechos del verdadero dueño frente al rematante (confróntese los artículos 1532 y 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ante el embargo y ejecución de la vivienda habitual del deudor sin contar con su cónyuge bastaría dejar a salvo el derecho de éste para en cualquier momento obtener el alzamiento de la traba pagando el crédito del actor o, incluso, para impugnar la enajenación consumada sin su conocimiento. b) Resultaría desproporcionado obstaculizar el embargo de una vivienda del deudor so pretexto de que no se ha dado conocimiento de la demanda al cónyuge de aquél, cuando puede ocurrir —y así acontece en el caso debatido— que ni siquiera se precisa el conocimiento del embargo por el propio embargado (confróntese el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). c) Que teniendo en cuenta que cuando se procede contra una persona por deudas personales y exclusivas suyas y sólo se embargan bienes propios de ésta, no hay ninguna razón para que aflore en el procedimiento, no ya el carácter de la vivienda a embargar, sino ni siquiera el propio estado civil del deudor, más lógico parece condicionar a la notificación cuestionada el embargo de la vivienda cuando de los autos resulte que es o puede ser la habitual del deudor (lo que puede resultar, por ejemplo, de la coincidencia entre el domicilio de éste y la vivienda que se pretende embargar), que subordinar la traba a la constancia en los autos del no carácter de vivienda habitual del inmueble a embargar; téngase en cuenta, en este sentido, que al deudor incumbe un deber de alegar en los autos el carácter de domicilio familiar de la vivienda a embargar (confróntese el artículo 67 en relación con el 1320, ambos del Cód-

go Civil), de modo que su silencio no puede repercutir en perjuicio del embargante, poniendo de cuenta de éste, bien la carga de probar que la vivienda que pretende embargar no es la habitual de aquél, bien una notificación que necesariamente implicará un incremento de los gastos y una dilación en la adopción de la medida cautelar que el embargo implica.

Séptimo.—También desde la perspectiva registral, la interpretación literalista del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario tropieza con importantes dificultades: a) Siendo doctrina reiterada de esta Dirección General que, respecto de documentos judiciales, el Registrador no puede calificar más que sus defectos formales, la congruencia del mandato con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro (confróntese los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario), de modo que si el mandamiento ordena anotar un embargo ya trabado, sólo podría el Registrador objetar el asiento so pretexto del incumplimiento de un trámite procesal necesario para la legítima protección de un derecho inscrito; esto es, en el caso debatido, cuando del Registro resultare el carácter de vivienda habitual del bien embargado y no se acreditare que el cónyuge del deudor tiene conocimiento adecuado de ello; mas, si tal carácter no resultare del Registro, no compete al Registrador la defensa de los intereses que pudieran estar menoscabados en el procedimiento seguido. b) Si bien es cierto que no deben acceder al Registro de la Propiedad actos que puedan estar viciados, dada la eficacia protectora de esta institución, no lo es menos que en nuestro sistema registral no se condiciona la inscripción de un acto a la plena justificación de esta validez, ni siquiera a la afirmación por los otorgantes de la no concurrencia de un vicio invalidante, existiendo múltiples circunstancias que pueden determinar su ineficacia y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.); no hay razón, por tanto, para no aplicar este criterio al embar-

go y ejecución de una vivienda privativa de un cónyuge por deudas de éste sin contar con su consorte, cuando del Registro no resultare que es la vivienda habitual del deudor, sin perjuicio que la trascendencia que dicha omisión pueda tener. c) Que teniendo en cuenta que estamos ante una medida cautelar que puede ser plenamente válida por no ser el inmueble trabado vivienda habitual del deudor, más coherente con la celeridad que se precisa para evitar eventuales actuaciones fraudulentas del deudor, es acceder a la práctica del embargo y su anotación que rechazarlas, pues esto supondría, en definitiva, subordinar los intereses del acreedor que acude a la protección registral a los intereses de quienes, pudiendo, no hacer constar en el Registro el carácter de vivienda habitual del inmueble de su titularidad en el que concurra esta circunstancia. d) Que aunque el Registrador rechace la anotación, el embargo está ya decretado y dará paso al apremio del bien trabado, y, una vez consumado éste, no podría rechazarse la inscripción a favor del adjudicatario, so pretexto de la omisión de la notificación al cónyuge del ejecutado si del Registro no resultare ese carácter de vivienda habitual, pues, como se ha señalado, el artículo 1320 del Código Civil no exige manifestación específica al respecto (y tampoco lo hace el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, que impone ese deber sólo al disponente, figura ésta que, por definición, no se da en el supuesto de ejecución forzosa de carácter judicial), y el Registrador —que sólo puede calificar lo que resulte del documento presentado o los libros a su cargo (confróntese el artículo 18 de la Ley Hipotecaria)—, no puede presumir aquel carácter; de modo que aquella negación de la anotación sólo habrá servido para privar de protección a un embargo que pudo ser perfectamente válido.

Octavo.—Las consideraciones anteriores imponen, pues, una interpretación del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario, que garantice el debido respeto al principio de jerarquía normativa y la armonización de su contenido normativo con las demás exigen-

cias y presupuestos que informan el resto del Ordenamiento Jurídico en que se integra, de modo que la especial protección que el legislador dedica a la vivienda habitual no se produzca en menoscabo de los no menos legítimos intereses de los acreedores; en este sentido, y teniendo en cuenta: a) Que se trata de una norma dirigida al órgano jurisdiccional, pues, lo que se condiciona es el embargo mismo, y la adopción y confirmación de la traba es competencia de aquél (confróntese los artículos 919, 921, 1442 y 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y b) que el Registrador no puede revisar las decisiones judiciales cuando no hay obstáculos derivados del Registro que impongan el control del cumplimiento de los requisitos procedimentales establecidos en garantía de los derechos inscritos (confróntese los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 Reglamento Hipotecario), habrá de considerarse que es el órgano jurisdiccional el que debe decidir, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de una vivienda y si ha de hacerse con o sin notificación al cónyuge del

deudor titular, de modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación de un embargo ya trabado no debe el Registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que deberá estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, en cuyo caso podrá y deberá suspender el asiento en tanto se le acredite debidamente que de los autos resulta de modo indubitado que la vivienda embargada no es la habitual del deudor y su familia, o que se ha practicado la notificación del embargo —que no de la demanda— al cónyuge del deudor.

Noveno.—Por todo ello, y habida cuenta que el domicilio vigente del deudor, según el Registro, no es el lugar donde radican las fincas embargadas, no puede rechazarse ahora la anotación pretendida, y ello sin perjuicio de las repercusiones que en el procedimiento pueda tener la práctica de citación por edictos cuando consta en un Registro jurídico de carácter público un domicilio del demandado que no se ha considerado.

3.2. Para poder embargar la mitad indivisa de una vivienda que pertenece proindiviso a los dos cónyuges es preciso, bien declarar que no es la vivienda habitual de la familia, bien notificar la demanda al otro cónyuge.

RESOLUCIÓN de 7 de octubre de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- La entidad mercantil “Garaje U” interpuso demanda de juicio declaratorio de menor cuantía, contra determinada persona, en reclamación de 4.622.088 pesetas de deuda. Tras los trámites procesales oportunos fue dictada la sentencia en la que se condenaba al deudor demandado al pago de la cantidad de 3.662.048 pts.

- En trámites de ejecución se embargó la mitad indivisa de una vivienda, librándose el correspondiente mandamiento al Registrador de la propiedad para la inscripción de la traba.
- El Registrador suspendió la anotación por el defecto subsanable de no acreditarse que la finca objeto de embargo no constituye la vivienda habitual de la familia del demandado o, en su caso, que la demanda ha sido notificada a su cónyuge según el artículo 144.5º del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 9 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, reformada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre.
- La entidad actora interpuso recurso gubernativo que fue estimado por el Presidente del TSJ de Cataluña.
- El Registrador recurrió ante la DGRN que estimó su recurso y confirmó su nota de calificación.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE CATALUÑA

1. Alegaciones del acreedor recurrente.

Señalaba la entidad acreedora que los artículos 144.5º del Reglamento Hipotecario y 9 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, alegados por el Registrador para denegar la anotación preventiva de embargo, establecen, de forma clara y taxativa, un único supuesto en el cual será necesario, bien la anotación del cónyuge, bien la anotación judicial, bien la notificación de la demanda al cónyuge, y es el que “la vivienda en cuestión pertenezca a uno solo de los cónyuges”. Que en el supuesto que se examina la vivienda pertenece por mitades indivisas a ambos cónyuges; por lo que teniendo en cuenta dicha circunstancia no son aplicables los artículos citados.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador, en defensa de su nota, informó:

a) Que la regulación establecida en el artículo 1320 del Código Civil, según redac-

ción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se refería al caso en que la vivienda habitual fuese sólo de uno de los cónyuges con carácter privativo, pues tratándose de vivienda habitual ganancial la protección no era necesaria, en virtud de la obligación que impone el artículo 1377 del Código Civil.

b) Que a fin de coordinar el Código Civil con la legislación inmobiliaria registral, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 144.5º del Reglamento Hipotecario, por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982.

c) Que también hay que resaltar lo establecido en el artículo 9 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, reformada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, inspirada en el artículo 1320 del Código Civil y siguiendo las directrices del Derecho Comunitario.

d) Que en Cataluña y en el Derecho Común no se plantea problema alguno cuando la vivienda habitual es de exclusiva propiedad de un cónyuge; el problema surge cuando existe cotitularidad sobre la vivienda habitual. En efecto, tratándose de bienes adquiridos para la sociedad de gananciales e

inscritos a favor de ambos cónyuges, no puede inscribirse la enajenación sin consentimiento de ambos (cfr. artículo 1377 del Código Civil y 9 del Reglamento Hipotecario) ni anotarse el embargo ni la notificación de la demanda (cfr. artículo 144.5º del Reglamento Hipotecario).

e) Sin embargo, en el régimen de separación de bienes de la compilación del Derecho Civil de Cataluña, tratándose de bienes adquiridos por ambos cónyuges por partes indivisas iguales, se considera debe aplicarse el mismo criterio que si se tratase de bienes gananciales, por cuanto sería absurdo que cuando un cónyuge no tiene un derecho patrimonial sobre la vivienda habitual pudiese impedir la enajenación y oponerse al embargo del bien del otro cónyuge y no pudiese hacer lo mismo cuando dicho bien le pertenece en parte. Que contra ello podría alegarse que el cotitular de la vivienda habitual tendrá el derecho a adquirirla ejercitan-

do el derecho de retracto de comuneros. Pero la protección a la familia en que se basan los preceptos antes citados no quedaría asegurada si ello dependiera sólo de la solvencia económica.

f) Que el criterio de que al cónyuge copropietario le son de aplicación las medidas protectoras de la familia en relación con la vivienda habitual está avalado explícita o implícitamente por la doctrina científica.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Cataluña.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota del Registrador fundándose en que tanto los artículos 144.5º del Reglamento Hipotecario y 9 de la Compilación del Derecho de Cataluña se refieren al caso de que la vivienda habitual sea propiedad de uno solo de los cónyuges.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador recurrente.

El Registrador apeló en auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

a) Que el criterio de literalidad estricta que alega el auto en la interpretación de los artículos 144 y 9 del Reglamento Hipotecario y de la Compilación del Derecho de Cataluña, respectivamente, olvida que de conformidad con el artículo 3 del Código Civil, hay que tener en cuenta como norma interpretativa de las leyes, la finalidad a la que van determinados, que, en este caso, no es otra que la protección de la familia.

b) Que es cierto que el cónyuge del cotitular embargado no pierde la titularidad por el hecho de que se embarguen y se enajenen los derechos de sus consortes, pero no es menos cierto, que su titularidad en caso de enajenación forzosa de la parte indivisa del cón-

yuge embargado, pone a la familia en una situación precaria de copropiedad con extraños con los que tiene que compartir la vivienda (artículo 394 del Código Civil).

c) Que según el auto, la existencia del derecho de retracto del cónyuge cotitular del embargado, diferencia este caso del supuesto en el que el cónyuge sea cotitular; pero hay que tener en cuenta que en este caso, se trata de intereses de protección de la familia, según se deduce de la exposición de motivos de los textos legales, entendiendo incluidos los intereses de los hijos. Que la finalidad de protección de la familia tendría su justificación en principios constitucionales como el derecho de igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución), el derecho de vivienda (artículo 47 de dicho Texto legal) y derecho de protección a la familia sin distinciones del artículo 39 de la Constitución Española.

d) Que el criterio del auto de subestimar las hipótesis de indigencia del cónyuge no

trabado o a la convivencia con un extraño en el caso de enajenación forzosa, es contrario a la Resolución de 27 de junio de 1994.

2. Doctrina de la DGRN.

El único problema planteado en el presente recurso radica en dilucidar si, perteneciendo una vivienda por mitad y proindiviso a dos cónyuges, para embargar la mitad perteneciente al cónyuge deudor es preciso, bien declarar que no es la vivienda habitual de la familia, bien notificar la demanda al otro cónyuge.

El artículo 144.5º del Reglamento Hipotecario dispone que, cuando la Ley aplicable exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de la vivienda perteneciente a uno solo de los dos cónyuges que resulte del mandamiento que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular. Es así que la ley aplicable exige dicho consentimiento, luego, por aplicación del artículo transcrito, se precisa la notificación. Se alega por el recurrente y se recoge en el auto presidencial que el Reglamento Hipotecario se refiere a la vivienda que pertenece a uno solo de los cónyuges, no siendo exigible la notificación cuando pertenece a los dos, pero debe tenerse en cuenta

que el espíritu del citado precepto es evitar que se embargue la vivienda familiar sin que el cónyuge del deudor tenga, al menos, conocimiento de este hecho. Cuando el repetido precepto habla de que pertenezca a uno solo de los cónyuges está presuponiendo, aunque con imprecisión, que, si pertenece a los dos, el cónyuge no deudor va a ser notificado del embargo.

En contra podría argüirse que, al tratarse de un condominio ordinario, el cónyuge no deudor tiene otras posibilidades en caso de enajenación de la mitad indivisa, como: a) Compartir la vivienda con un extraño, pero ello supondría desatender la finalidad de protección a la familia a que tiende la regulación aplicable; b) Ejercitar la acción de división, pero ello, como en la mayoría de los casos la vivienda sería indivisible —consta además en el Registro como parcela con “vivienda unifamiliar”— llevaría a la enajenación sin consentimiento del cónyuge no deudor; c) Ejercitar el retracto de comuneros previsto en el Código Civil; este supuesto permitiría al cónyuge no deudor seguir siendo propietario de la vivienda familiar pero, como afirma el Registrador, este criterio sería válido sólo si se barajaran intereses de índole patrimonial, pero tratándose de protección a la familia, aquélla no se daría si no hubiera disponibilidad económica para ejercitar el retracto.

4. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

4.1. *Los cónyuges pueden liquidar la sociedad de gananciales como tengan por conveniente no precisándose aprobación judicial para las estipulaciones de contenido exclusivamente patrimonial que sólo a ellos incumben. No existe obstáculo para que, como complemento a la liquidación, se constituya a favor de uno de ellos un usufructo vitalicio respecto de un bien privativo del otro cónyuge.*

RESOLUCIÓN de 1 de septiembre de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 16 de marzo de 1995, los esposos D. Nicolás y D^a Pilar procedieron a formalizar ante Notario escritura de disolución y liquidación de su sociedad de gananciales, en virtud de la sentencia de 8 de abril de 1994, por la que se declaraba disuelto, por divorcio, el matrimonio de los comparecientes y se aprobaba, en todas sus partes, la propuesta de convenio regulador acordado por éstos, incorporándose a la escritura testimonio judicial del citado convenio.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad se suspendió la inscripción en base a los siguientes defectos: 1º Es cierto que la sentencia de divorcio lleva consigo la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Pero para ello hay que partir de un inventario hecho judicial o extrajudicialmente de los bienes que tienen tal carácter de acuerdo con los artículos 1396 y siguientes del Código Civil, y su división y adjudicación de acuerdo con los artículos 1404 y siguientes del mismo. Pero lo que no se puede es deducir de ese inventario realizado el bien privativo del marido, para luego adjudicárselo por disolución de la sociedad de gananciales en usufructo a la mujer. Además, esta constitución es contradictoria con la que se hace en el apartado tercero del otorgamiento, y en el convenio regulador, defecto insubsanable. 2º No se recoge en la escritura calificada la facultad de disponer de la finca registral, contenida en el convenio regulador aprobado judicialmente, por lo que para prescindir de ella sería necesaria la rectificación judicial de dicho convenio. 3º El derecho de uso a favor de los hijos, también contenido en dicho convenio, no se recoge en la escritura, y además se halla indeterminado en cuanto al tiempo de duración, lo cual es con-

trario al principio de especialidad. 4º No se acredita la liquidación, o bien, su presentación a dicho efecto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones que procede por la constitución de un usufructo a favor de Dª Pilar, sobre un bien privativo de su ex marido D. Nicolás, hecho imponible diferente de la liquidación de sociedad de gananciales, por la que se ha autoliquidado el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- El Notario interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue estimado por el Presidente del TSJ de Madrid.
- El Registrador recurrió ante la DGRN, que estimó parcialmente el recurso respecto a dos motivos.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Señala el Notario que en la nota de calificación se deniega la inscripción del único acto con relevancia registral, que es la constitución de un usufructo vitalicio a favor de la esposa sobre un piso privativo del marido, cuyo razonamiento no parece ajustado a Derecho, llegándose a la paradójica situación de quedar la usufructuaria privada del amparo de la publicidad registral. Como fundamentos de derecho hay que señalar:

a) En cuanto al defecto primero, es evidente que, entre cónyuges mayores de edad y con libre disposición de sus bienes, la disolución de la sociedad conyugal puede realizarse con completa libertad, sin que exista precepto alguno en nuestra legislación que lo impida y, por ello, nada obsta a que, además de los bienes gananciales, se incluya en la masa partible un bien privativo y sobre él se constituya un usufructo vitalicio a favor de la esposa, máxime si con ello se cumple la doble finalidad de ejecutar lo acordado en el convenio de separación y, además, compensar a la esposa del desequilibrio en las adjudicaciones, derivado de la necesidad de vivir en el piso y la indivisibilidad de los restantes

bienes. Que frente al criterio liberal del artículo 1255 del Código Civil, el Registrador no cita ningún precepto que limite las facultades de los cónyuges sobre la libre disposición y adjudicación de sus bienes, limitándose a exponer una negativa no razonada a que la persona que necesita el amparo registral pueda obtenerlo. Que como fundamento de lo expuesto anteriormente, basta leer los artículos 1405, 1406 y 1407 y la remisión que el artículo 1410 hace al artículo 1062, todos ellos del Código Civil.

b) Que en los defectos segundo y tercero confunde el Registrador la ejecución parcial o sucesiva del convenio con la alteración o incumplimiento del mismo. Que aquél se entromete en asuntos que no le competen y presupone un conflicto donde no lo hay, con olvido de los principios de rogación, voluntariedad de la inscripción y libertad de forma. Que la no formalización en la escritura de los inconcretos derechos de disposición y uso que se enumeran en el convenio no implica renuncia o limitación alguna y para nada se altera lo pactado.

c) Que respecto al defecto cuarto, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 10.1.b) del Real Decreto 1629/1991, en la escritura calificada no hay ningún acto gra-

tuito o sucesorio, pues resulta evidente que la causa de atribución del usufructo resulta de un doble concepto: Transacción, en cuanto al convenio, y compensación del exceso de adjudicación al marido, en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.

Las Resoluciones que cita el Registrador nada tienen que ver con el caso que se estudia, en cuanto se refiere a impuestos anteriores a la autoliquidación de sucesiones, en vigor desde el 1 de enero de 1988. Que si como en el caso presente se está ante un acto típicamente oneroso (disolución de sociedad conyugal) con compensaciones en especie para igualar los excesos de adjudicación, es evidente que la competencia viene dada por lo dispuesto en los artículos 7.2.B) y 45.B), 3, del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

a) Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, hay que señalar que el inventario de la liquidación de una sociedad de gananciales (artículo 1396 del Código Civil) sólo puede comprender bienes gananciales, y que son las partidas de activo y pasivo, que determinan los artículos 1397 y 1398 del Código Civil, en relación con el artículo 1347 del mismo Código; por tanto, no se incluyen los bienes privativos, conforme determina el artículo 1346 del Código Civil. Esto no puede ser obviado por lo dispuesto en el artículo 1255 y la doctrina de los artículos 1405 a 1407 del Código Civil, que tiene sus propios límites para todo aquello que es preceptivo, como ocurre en el caso que nos ocupa. El recurso de la remisión al artículo 1062 del Código Civil no es aplicable, por referirse a cosas indivisibles, que no se da en el supuesto que contemplamos.

b) Que en lo referente a los defectos segundo y tercero, hay que decir que nada más

lejos del espíritu y función que el Registrador tiene encomendados, que el ánimo de excederse en el cumplimiento de su deber; simplemente se atiene a la Ley y al adecuado cumplimiento de un convenio regulador bendecido con la aprobación judicial; no hay confusión cuando al ejecutar el convenio no se avienen las partes a los términos en que está concebido y aprobado por la autoridad judicial. Los llamados principios no son tres, sino dos: El principio hipotecario de rogación y el otro, que es un principio general del derecho, el de libertad de forma, que no tiene más valor que el que le asigna el artículo 1, punto 4, del Código Civil, y en la nota de calificación se ve su exacta aplicación, cuando lo que la calificación registral pretende es la más estricta y adecuada realización del convenio judicialmente aprobado, y tal realización no admite aplazamiento. La obligada contrastación en la escritura de extremos tan importantes como la facultad de disponer atribuida a la ex esposa, o el derecho de uso y su duración por parte de los hijos de la vivienda atribuida en usufructo a la citada ex esposa es esencial y no pueden ni ser olvidados ni relegados a momento posterior.

c) Que en cuanto al cuarto defecto, de la mera lectura de la disposición fiscal que se cita en la nota de calificación, resulta evidente, y no simple suposición, la existencia del hecho imponible expuesto en la misma nota calificatoria y que avala las Resoluciones citadas, que están publicadas en el Boletín Oficial del Estado de los días 3 de noviembre de 1987 y 26 de junio de 1990, y que son perfectamente aplicables al presente caso. La causa onerosa no encaja cuando se opera con un bien privativo que no puede incluirse en una liquidación de bienes gananciales y que, como acto atributivo, ha de tributar por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Regis-

trador, fundándose en que no ha habido partición del inmueble privativo, de suerte que la inclusión en la partición tiene únicamente la función de servir de pago del haber de la esposa, a través de la constitución de un derecho real de usufructo vitalicio en favor de la misma, operación lícita e inscribible; en que en la titularidad de cualquier derecho real viene insita la facultad de disponer del mismo en los términos que autorice el orde-

namiento, lo que, en su caso, será objeto de calificación cuando se lleve a cabo la operación; en cuanto al derecho de uso, el Registrador no puede exigir una inscripción que no le ha sido solicitada, pues la existencia del derecho es independiente a su inscripción; y en que se ha practicado autoliquidación, lo que transfiere el control de la misma a la Administración Fiscal específica, no pudiéndose posponer por ello la inscripción.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador recurrente.

a) Que en lo referente al primer defecto, para que un bien pueda adjudicarse por disolución de gananciales y en ese concepto es necesario que ese bien forme parte del inventario de bienes gananciales, de acuerdo con los artículos 1396 y 1397, en relación con el artículo 1347 del Código Civil. Nunca podrá formar parte de un inventario de ese tipo un bien privativo del marido, de acuerdo con el artículo 1346 del Código Civil. Que es cierto que con motivo de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se puede aprovechar para realizar otras operaciones, que nada tienen que ver con ella, ni con su causa, pero ello no quiere decir que sigan su régimen jurídico. En el caso que se estudia se aprovecha el marco de una liquidación de gananciales para intentar camuflar la cesión en usufructo vitalicio de un bien privativo a la mujer, procedente de un convenio regulador aprobado judicialmente, debiéndose resaltar lo que dice la Resolución de 30 de marzo de 1995.

b) Que en lo que concierne al defecto segundo, el auto confunde la facultad de disponer del derecho de usufructo, con el usufructo con facultad de disposición. En el convenio regulador se concede a la mujer la facultad de disponer de la finca, repartiendo el precio por mitades entre ella y su marido, y esa facultad no está recogida en la escritura. La cesión de esa facultad es una conse-

cuencia necesaria del convenio regulador, que no puede ser modificado por las partes sin aprobación del Juez, todo ello de acuerdo con las Resoluciones citadas en la nota de calificación y especialmente la de 30 de marzo de 1995, y todo ello según la doctrina que se desprende del artículo 90 del Código Civil.

c) Que con relación al tercer defecto, el principio de especialidad exige que el uso a favor de los hijos esté determinado en cuanto al tiempo.

d) Que en relación con el defecto cuarto, hay que citar el artículo 10.1.b) y el artículo 100.1 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de noviembre de 1987 y de 21 de mayo, son de plena aplicación dada la doctrina que se deduce de los citados artículos y del artículo 99 del mismo Reglamento.

2. Doctrina de la DGRN.

El presente recurso se plantea a propósito de una escritura calificada por el Notario autorizante de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y a la que se incorpora testimonio judicial del convenio regulador acordado por los otorgantes y aprobado judicialmente, en el que, entre otras cláusulas que ahora no interesan, se contienen las siguientes: “Respecto al que fue domici-

lio conyugal, propiedad del marido por herencia de sus padres, y que fue atribuido en uso y disfrute a la esposa, en tanto conviviere con los hijos del matrimonio, en el convenio firmado y protocolizado en el año 1981, se le atribuye un usufructo vitalicio a la esposa. En el supuesto de que, en algún momento, la esposa desee vender el piso, la cantidad que se obtenga como precio del mismo se repartirá, por mitad, entre ambos esposos. En el caso de que la esposa falleciere durante la convivencia de sus hijos con ella, éstos podrán seguir ocupando la vivienda, tanto juntos como uno de ellos, mientras razonablemente la necesiten en el orden económico...”, “Los únicos bienes que tienen los cónyuges y que tienen la consideración de gananciales son los muebles y enseres del piso en que vive la esposa, los del piso en que vive el marido y el coche matrícula ..., por lo que acuerdan que los bienes muebles y enseres existentes en cada uno de los pisos quedan en propiedad del ocupante del mismo y el vehículo reseñado en propiedad del marido...”.

En la escritura se formaliza inventario del patrimonio familiar, se completan las previsiones liquidatorias del convenio respecto de la descripción de bienes y valoración de los mismos; se especifican las concretas adjudicaciones correspondientes a ambas partes y se da por disuelta y liquidada la sociedad de gananciales; y en el apartado tercero de la parte dispositiva, se expresa que el ex marido, en ejecución de la citada sentencia de 8 de abril de 1994, según lo acordado en la cláusula segunda del convenio regulador aprobado por dicha sentencia, constituye en favor de su ex mujer usufructo vitalicio sobre el piso descrito en el inventario. Según el primero de los defectos de la nota de calificación, no se puede deducir del referido inventario el bien privativo del marido para, luego, adjudicárselo por disolución de la sociedad de gananciales en usufructo a la mujer. Además, a juicio del Registrador, la constitución de dicho usufructo es contradictoria con la que se hace en el apartado ter-

cero del otorgamiento y en el convenio regulador.

De la documentación aportada al Registrador resulta, pues, la existencia de dos acuerdos sucesivos, jurídicamente diferenciados pero encaminados ambos a la completa satisfacción de una finalidad negocial única, de modo que uno y otro habrán de ser tenidos en cuenta en la calificación; por una parte, el convenio inicial judicialmente aprobado, a partir del cual se produce (aunque no necesariamente de forma completa), la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por efecto de la sentencia de divorcio, y cuya eficacia jurídica específica no puede ser ignorada (artículos 85, 90 y 1392 del Código Civil) en la medida en que no haya sido luego modificada o desvirtuada; por otra, el otorgamiento contenido en la escritura —indebidamente calificada ya de disolución y liquidación— que en algunos puntos reitera lo previamente acordado en el convenio y en otros completa sus previsiones liquidatorias o incluso podría determinar una modificación sustancial de éstas, otorgamiento que tiene su significación negocial propia y cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Las anteriores consideraciones determinan que el primer defecto de la nota no puede ser estimado y ello por cuanto:

a) En el convenio se atribuía el usufructo vitalicio de ese bien privativo del marido sin especificar que tal atribución se hacía por título de disolución de la sociedad de gananciales, y la validez y eficacia de dicha atribución está expresamente reconocida por el legislador, encontrando en sí misma y en las circunstancias que la determinan su propia causalización jurídica (artículos 90.B y 96 del Código Civil).

b) En la escritura no se califica en ningún momento ese bien como ganancial, ni se

incluye en el inventario del patrimonio consorcial.

c) Que, ciertamente, de este otorgamiento se deduce que ese usufructo se atribuye, parte en pago de los derechos consorciales de los esposos, parte en pago de un crédito que ésta tenía contra su marido por cuenta de reformas que aquélla había hecho en el piso de éste una vez disuelta la sociedad de gananciales, pero no por ello puede negarse la inscripción, pues, por un lado se viene a ratificar la atribución del usufructo previamente establecido en el convenio y, por otro, esa alteración de la causa concreta de tal atribución no menoscaba su persistencia, puesto que ningún obstáculo jurídico existe hoy a los negocios entre cónyuges (artículo 1323 del Código Civil), los cuales pueden liquidar el consorcio como tengan por conveniente (cfr. artículos 1410 y 1058 del Código Civil), no precisándose, como luego se dirá, aprobación judicial para las estipulaciones de contenido exclusivamente patrimonial que sólo a ellos incumben.

El segundo de los defectos de la nota objeto de la inscripción porque al no recogerse en la escritura pública la previsión contenida en el convenio previo, conforme a la cual si en algún momento la esposa desea vender el piso privativo del marido que le había sido adjudicado en usufructo vitalicio, la cantidad que se obtenga como precio del mismo se repartirá por mitad entre ambos, se está produciendo una modificación de dicho convenio que precisaría la conformidad judicial. No cuestiona el Registrador si esa omisión implica o no una verdadera voluntad de los cónyuges de dejar inoperante en ese punto lo previamente acordado en el convenio, sino que la presupone al exigir esa aprobación judicial. Por tanto, no ha de prejuzgarse ahora sobre la existencia de verdadero “animus novandi” (cfr. artículo 1224 del Código Civil), sino decidir si, en caso afirmativo, se precisa nueva decisión judicial validatoria, y en este aspecto procede responder negativamente, pues, como señaló esta Dirección General (cfr. Resolución de 10 de noviembre de

1995), la aprobación judicial que el artículo 90 del Código Civil exige para los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias del divorcio —o para su posterior modificación—, se predica no respecto de todos los recogidos en el convenio sino, exclusivamente, de aquellos que afectan a los hijos o que incidan sobre aspectos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, lo que no ocurre con las previsiones de exclusiva índole patrimonial que afecten únicamente a los cónyuges, cual es el caso de la cláusula que ahora se cuestiona.

Respecto al tercero de los defectos de la nota impugnada, debe señalarse que la no reiteración en la escritura calificada del derecho de uso sobre la vivienda familiar que se establecería en el convenio en favor de los hijos (se estipulaba en él, que fallecida la esposa durante la convivencia de los hijos con ella, éstos podrán seguir ocupando la vivienda tanto juntos como uno de ellos mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico) no es obstáculo para su eficacia; como ya se ha señalado, esa eficacia deriva del propio convenio regulador y habrá de ser respetada en tanto no conste una explícita voluntad novatoria (cfr. artículo 1224 del Código Civil) adoptada por quien corresponda. Por lo demás, no es preciso decidir ahora sobre la concurrencia de esa voluntad novatoria ni, en caso afirmativo, sobre la necesidad de conformidad de los propios hijos favorecidos o del Juez que aprobó el convenio originario (cfr. artículos 90 y 1257 del Código Civil), pues, como alega el Registrador, la indeterminación del derecho en cuestión, que no sólo pone en entredicho su alcance sino incluso su propio carácter real (más bien parece una anticipación del modo en que se prestaría un eventual derecho de alimentos respecto de esos hijos), impide acceder a su reflejo registral (cfr. artículos 2.9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario).

Por último, debe confirmarse el cuarto defecto invocado por el Registrador toda vez

que, apreciada por éste la sujeción al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la constitución del usufructo a favor de la mujer sobre un bien privativo del marido, no puede practicarse la inscripción sin que se acredite su pago o, en su caso, la exención o no sujeción declarada por funcionario competente para la liquidación de dicho impuesto (cfr. artículo 254 de la Ley Hipotecaria).

De acuerdo con la doctrina de esta Dirección General ha de estimarse que la nota relativa al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a la liquidación de la sociedad de gananciales no es suficiente, pues en ella ninguna referencia se hace al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que tiene naturaleza y régimen distinto.

4.2. No procede denegar la inscripción de una compraventa efectuada por quien figura como titular registral con la cualidad de separado y exigir que el mismo acredite que en el momento de adquirir la finca se encontraba, en efecto, legalmente separado y el régimen económico que tenía el matrimonio.

RESOLUCIÓN de 1 de octubre de 1998.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 30 de diciembre de 1993 mediante escritura pública D. Celso vendió a D^a María un inmueble. En la escritura se hace constar que el vendedor está separado legalmente y tiene nacionalidad peruana, habiendo ostentado la nacionalidad estadounidense.
- El Registro de la Propiedad suspendió la inscripción, por cuanto no se acreditó, alternativamente, algunas de las siguientes circunstancias: 1^a) Que don Celso estaba, en el momento en que adquirió la finca que ahora enajena, en efecto, legalmente separado. 2^a) Cuál era el régimen económico que regía el matrimonio de dicho señor en el momento de su adquisición, y que conforme a las normas de dicho régimen: o bien a su esposa no le correspondía derecho alguno sobre la finca entonces adquirida y ahora enajenada, o bien que, a pesar de los derechos de su esposa, don Celso podía, válidamente, enajenar sin consentimiento de aquélla la finca de que se trata. Todo ello teniendo en cuenta que conforme al derecho peruano, de la nacionalidad de don Celso en el momento de su adquisición, el régimen económico matrimonial que se presume es el de una comunidad de adquisiciones y que, en él, la enajenación de los bienes comunes requiere la intervención de ambos consortes.

- El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, que fue desestimado por el Presidente del TSJ de Asturias.
- El Notario recurrió ante la DGRN que estimó el recurso.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE ASTURIAS

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El punto primero de la nota de calificación parece centrar la cuestión básicamente en la extensión y alcance del principio de legitimación, y el calificador parece rechazar su importancia registral, atacando, al poner en duda, la legitimidad que del Registro asiste al disponente, ya que según la certificación registral, de la inscripción 3ª relativa a la finca transmitida resulta: a) la titularidad del dominio pleno a favor de don Celso; b) que don Celso estaba separado legalmente en el momento de su adquisición; y c) que la citada titularidad dominical y la capacidad civil del titular en cuanto a la libre disposición de sus bienes no se encuentran limitadas en modo alguno. Que la claridad del Registro hace incompatible la nota calificadora.

La falta de extensión del principio de legitimación al estado civil no puede interpretarse en ese sentido de tener que examinarse el estado civil en cada transmisión, sino en el sentido de que el titular registral no puede esgrimir la inscripción en el Registro de la Propiedad como prueba irrefutable de la veracidad del estado civil en él reflejada. Ahora bien, el Registrador que consigna en los libros que la finca aparece inscrita en dominio a favor de don Celso, sin limitación alguna, debe cerciorarse de que ninguna circunstancia, ni por tanto el estado civil del inscribiente, pueda desfigurar una afirmación de titularidad tan radical y rotunda.

El Registrador debe efectuar la calificación por lo que resulte de los documentos

presentados y de los asientos del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), de modo que inscrito el pleno dominio a favor del titular registral queda perfectamente legitimado para efectuar la transmisión objeto de la escritura calificada, debiendo aplicarse lo establecido en los asientos (artículos 1.3 y 38.1 de la Ley Hipotecaria). Que hay que señalar que tendrá pleno vigor el artículo 95.3º del Reglamento Hipotecario.

Respecto al punto 2º de la nota de calificación, en cuanto al hipotético consentimiento del cónyuge de la legislación peruana, hay que decir: 1º Que de estimarse subornado el primer defecto alegado en la calificación, parece innecesario justificar otros extremos; 2º Que en la hoja registral de la finca transmitida está inscrita la titularidad del pleno dominio a favor del vendedor, sin que conste derecho alguno en favor de su esposa, ni limitación a la facultad dispositiva plena del titular inscrito; 3º Que resulta incomprensible argumentar el posible consentimiento conyugal en la nacionalidad peruana del titular registral al tiempo de su adquisición, cuando en la propia escritura calificada y, aún más, en el folio registral correspondiente a la finca transmitida, se afirma expresamente que la nacionalidad que ostentaba en tal momento no era la peruana sino la estadounidense; 4º Que en este caso sería aplicable el artículo 11.2 del Código Civil, según el cual se rige por la Ley reguladora del contenido de los actos, siendo esta en aplicación del artículo 10.5 del mismo Cuerpo legal, la Ley del lugar donde el inmueble radique y, por tanto, la española, en el caso de que se estudie. La nacionalidad

del disponente sólo sería de tener en cuenta en sede de su capacidad.

2. Alegaciones del Registrador de la propiedad.

El Registrador, en defensa de su nota, informó: que en la inscripción 3ª del Registro de la Propiedad consta que don Celso está separado legalmente, pero no se indica en qué sentencia se produjo dicha separación legal, ni tampoco el nombre de la esposa, ni el régimen económico de su matrimonio. Que en la escritura calificada consta que la situación de separado legalmente del vendedor resulta de una manifestación de su apoderada que ésta no acreditó aunque promete hacerlo. Que le representa en la escritura doña Mercedes en virtud del mismo poder del año 1981 con el que adquirió la finca objeto de la escritura de compraventa calificada. Que existe un error en la nota de calificación, ya que la nacionalidad de don Celso en el momento de adquisición de la finca no era peruana, sino la estadounidense, pero este error no influye en la calificación que queda intacta. Que el primer problema que se plantea es el de determinar cuál es la Ley aplicable al caso. Que es aplicable el artículo 9 del Código Civil que regula el estatuto personal. Que en el caso que se estudia hay datos de hecho que se desconocen y son esenciales para determinar la ley aplicable, como es la nacionalidad de la esposa de don Celso o las otras circunstancias que son punto de conexión que tiene en cuenta el artículo 9 del Código Civil, de manera que no se puede concluir cuál vaya a ser dicha ley aplicable. Que debe aplicarse el estatuto personal y no el formal, se inclinan también los artículos 168 y 169 del Reglamento Notarial. Que el Registrador, en el momento de calificar, debe atenerse a las normas que rijan el régimen económico del matrimonio en virtud de lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 169 del Reglamento Notarial, 92 del Reglamento Hipotecario y de que no re-

sulta de aplicación el artículo 10.8 del Código Civil. Que el consentimiento conyugal existe en la mayor parte de las legislaciones en que el régimen económico del matrimonio es de comunidad, cuando el acto de que se trata es de enajenación de bienes comunes. Que una vez que se hayan aportado los elementos de hecho que permitan determinar cuál es la ley aplicable al caso, cuyo contenido debe ser acreditado mediante el correspondiente certificado, al cual se refieren los artículos 36 del Reglamento Hipotecario y 168 del Reglamento Notarial. Que queda demostrado que son razonables las exigencias del referido punto de la nota.

Que la omisión del nombre y del apellido de la esposa en el asiento del Registro no exime al Registrador de calificar, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y que este dato es una circunstancia personal del titular registral que está en el Registro a efectos de su identificación como resulta de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario. Que el principio de legitimación no ampara el estado civil del titular registral. Que es necesario acreditar la Sentencia en cuya virtud reproduce la separación, en virtud de la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 1984 y el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil. Que para concluir hay que señalar que entre las finalidades de la calificación recurrida está la de garantizar la exacta aplicación del derecho extranjero, aplicable al caso, y defender los derechos de posibles personas interesadas que no han concurrido a actos que quizás no deberían haberse realizado sin su intervención.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Asturias.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos alegados por éste en su informe.

RECURSO ANTE LA DGRN

En la nota de calificación que motiva este recurso gubernativo, el Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por quien figura como titular registral del inmueble vendido habida cuenta que en el asiento respectivo figura con la condición de separado judicial. El Registrador exige que se acredite que el vendedor estaba efectivamente separado en el momento de la adquisición de la finca, o bien que se justifique que a su esposa no le correspondía derecho alguno sobre la finca o que aquél puede enajenarla sin consentimiento de ésta.

Es principio fundamental de nuestro sistema inmobiliario que los asientos registrales se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 1º de la Ley Hipotecaria). Este efecto está basado a su vez en los rigurosos filtros de acceso al Registro, ya que sólo puede acceder títulos válidos, y de ahí la necesidad de que en principio sólo puedan inscribirse las escrituras públicas y los documentos administrativos y judiciales (artículo 3º Ley Hipotecaria) y que antes de practicarse la inscripción de los derechos configurados en los títulos sean éstos objeto de calificación por el Registrador de la Propiedad.

Por otra parte una vez practicada la inscripción, el Registrador de la Propiedad queda vinculado por los asientos registrales en

su calificación, siendo ya antigua la doctrina de este centro directivo en orden a que las inscripciones hechas en el Registro de la Propiedad producen desde entonces todos sus efectos legales, quedando bajo el amparo de los Tribunales, por lo que hay que partir del contenido de las mismas para determinar la capacidad de los otorgantes (Resolución de 16 de abril de 1909), de manera que los Registradores no pueden prescindir en su calificación del contenido de la inscripción ya practicada (cfr. Resolución de 28 de agosto de 1907). La presunción de exactitud y validez del contenido del Registro y la salvaguarda judicial de sus asientos impiden al Registrador revisar la calificación de lo inscrito (cfr. Resolución de 30 de julio de 1992).

La inscripción en el Registro de la Propiedad, en el supuesto de hecho planteado, se practicó a nombre del ahora transmitente, sin restricción alguna, y sin expresión de su régimen económico matrimonial ni del nombre de quien había sido su esposa, por estar ya separados judicialmente. En consecuencia, el respeto a los pronunciamientos registrales impide denegar la inscripción de los actos jurídicos que los asientos registrales legitiman; y no se puede exigir ahora al titular registral, que figura como propietario del inmueble, y como separado judicial, que acredite que efectivamente ostentaba tal cualidad en el momento de la adquisición.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LEY APLICABLE A LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN UN PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

DRA. MAYTE ECHEZARRETA FERRER

Prof. titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
 - II. SUPUESTOS DE HECHO**
 - III. ACREDITACIÓN DEL ELEMENTO EXTRANJERO**
 - IV. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA**
 - V. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 9.4 Y 9.5 DEL CC**
 - VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.5**
 - VII. REPERCUSIONES PRÁCTICAS DE ESTAS CONCLUSIONES**
 - 1. El interés del menor en la aplicación de su Ley nacional a la filiación biológica**
 - 2. Paralelismo entre la Ley Nacional de los Menores y la Ley Española**
 - a) Titulares de la patria potestad
 - b) Declaración de desamparo
 - c) Suspensión-privación de la patria potestad
 - d) Situación en la que queda el menor privado de la patria potestad de sus progenitores
 - 3. Conclusiones.**
-

I. INTRODUCCIÓN

En este comentario nos proponemos abordar el estudio de un debate clásico en Derecho Internacional Privado que se reproduce en todos los sectores que comprende su ámbito material de regulación aunque, con especial trascendencia, en el ámbito del derecho de familia. Nos referimos al problema de optar entre reconocerle autonomía a cada relación jurídica que aparezca como eslabón de enlace en la constitución o declaración de un derecho, o que la relación principal ejerza una “vis atractiva” sobre el resto de relaciones jurídicas de las que depende. De una u otra opción va a depender el derecho material aplicable. Para ello, nos vamos a servir de dos Autos de los Juzgados de familia núms. 5 y 6 de los de Málaga cuyas “litis” transcurren entre los límites de la filiación biológica y de la filiación adoptiva.

Debemos comenzar estas líneas por reconocer el acierto de la Fiscal de la Audiencia Provincial de Málaga que, en estos dos casos y al hilo de un procedimiento de adopción, interesó la suspensión de la comparecencia del juicio verbal al que se refiere el art. 1827 de la LEC, a fin de que se acreditara la nacionalidad de los menores adoptados para poner en marcha el art. 9.4 del CC a fin de determinar en virtud de la Ley Nacional del Menor, las causas de privación de la patria potestad que traería como consecuencia la supresión del asentimiento de los padres biológicos y, posiblemente también, en cuanto a los consentimientos, audiencias o autorizaciones del art. 9.5 si lo requiriera el interés del menor. Cada uno de estos dos asuntos fue resuelto por distintos juzgados de los de Málaga, llegándose al mismo resultado.

Al margen del acierto o no de la intervención del Ministerio Fiscal, cuestión que veremos a continuación, llaman la atención estos autos porque salen de la rutina diaria de los juzgados en los que, por regla general, se obvia cualquier conexión con ordenamientos extranjeros, para aplicar de manera rutinaria el derecho español como “lex fori” ⁽¹⁾.

II. SUPUESTOS DE HECHO

Los Autos de 5 de mayo y 28 de septiembre, ambos de 1998, resuelven sobre la necesidad o no de asentimiento de la madre biológica de un menor

⁽¹⁾ Como pone de relieve S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Los tribunales de los países de nuestro entorno se desentienden de la búsqueda del Derecho aplicable y someten los casos a la “lex fori”, en tanto que Ley de Policía o bajo el ropaje de un orden público, que a veces no tiene como base la negación de ninguna ley extranjera, ya que ésta deja de ser tenida en cuenta de forma totalmente apriorística” *Secuestro internacional de menores (legal kidnapping) y cooperación internacional: la posición española ante el problema*, PJ,4 1986, pp. 15 y ss.

marroquí (en adelante, caso marroquí) y de los padres de una menor irlandesa (en adelante, caso irlandés) a la adopción propuesta ante los jueces de Málaga. En la comparecencia del juicio verbal del art. 1827 ⁽²⁾ de la LEC se solicitó por el Ministerio Fiscal la suspensión de dicha comparecencia a fin de que se acreditase la nacionalidad de los menores adoptados, habida cuenta de la posible aplicación del art. 9.4 ⁽³⁾ en relación al art. 177.2.2 ⁽⁴⁾ del CC. Ambas decisiones resuelven no haber lugar a la aplicación de la ley extranjera, al ser de aplicación la ley española para la determinación de la privación de la patria potestad.

En ambos casos existe una oposición de los padres biológicos a la adopción (de la madre en el caso marroquí y de los dos progenitores, en el caso irlandés). En ambos casos los menores están en situación de acogida con familias españolas solicitantes de adopción. En el caso marroquí la intervención de la Administración se produjo tras el estado de abandono del menor y en el caso irlandés fue a solicitud de los padres biológicos. Finalmente, en ambos casos se trata de discernir dentro del procedimiento de adopción sobre una cuestión previa de privación de la patria potestad, condicionante de la supresión del asentimiento exigido por la ley española a la adopción. Sobre el tratamiento de la cuestión previa, el Derecho Internacional Privado guarda silencio. Razones basadas en la armonía interna e internacional de soluciones han aconsejado un tratamiento autónomo de cada relación jurídica; ya se planteen como cuestión previa o como cuestión principal deben ser reglamentadas según la norma de conflicto aplicable al caso ⁽⁵⁾.

(2) Art. 1827 LEC: *En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal.*

(3) Art. 9.4 del CC. *El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual.*

(4) Art. 177.2.2 LEC. *Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. 2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) 2 Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

(5) A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, 1999, Vol. I, p. 185. Sobre la cuestión previa vid. también A. MARÍN LÓPEZ, *La cuestión incidental en el Derecho Internacional Privado* REDI, 1956, pp. 125 y ss.

III. ACREDITACIÓN DEL ELEMENTO EXTRANJERO

Una de las causas de la escasa relevancia que en nuestros Juzgados y Tribunales tienen los mecanismos jurídicos de Derecho Internacional Privado es debida al desconocimiento, por falta de alegación, de los elementos extranjeros que albergan en las relaciones jurídicas controvertidas. La regla más extendida consiste en alegar los hechos sin hacer la más mínima mención de la nacionalidad de las partes o de su residencia cuando ésta se localiza en el extranjero o de cualquier otro elemento de la relación conectado a un ordenamiento extranjero. En otros casos, el elemento extranjero puede ser intuido bien por las características de los nombres y apellidos o bien por algunos detalles del relato de los hechos. Un tercer supuesto que podríamos catalogarlo entre las excepciones, es el caso de la alegación del elemento extranjero por alguna de las partes y, mucho más excepcional, es que dicha alegación vaya acompañada de la puesta en marcha del mecanismo regulador de Derecho Internacional Privado. Si seguimos reduciendo el trazado de estos círculos concéntricos nos encontramos con los casos de alegación y prueba del derecho extranjero por las partes o por el Ministerio Fiscal para llegar al punto central de la diana donde nos encontramos los supuestos de aplicación por el Juez del derecho extranjero.

Estamos ante dos casos que versan sobre derecho de familia y más concretamente resuelven aspectos de tanta trascendencia como la ruptura de la filiación natural o biológica y el nacimiento de una filiación adoptiva, materias que, como sabemos, son de “*ius cogens*” y que están presididas por el principio de oficialidad, de aquí que el juez deba indagar en la verdad de todos los hechos y en la búsqueda de todos los elementos de los que depende la resolución del caso.

Como sabemos, el Ministerio Fiscal actúa en defensa de la legalidad y del interés público tal y como le obliga el art. 3.6 de su Estatuto Orgánico ⁽⁶⁾, y este interés público en un supuesto de tráfico externo no es otro que la localización del litigio en el orden jurídico designado por la norma de conflicto respondiendo a una verdad material y no meramente formal ⁽⁷⁾. De aquí que aplaudamos estas dos actuaciones de la fiscal de la Audiencia de Málaga que contribuyen a la apertura de las Decisiones españolas a otras soluciones jurídicas y por ende culturales que la práctica española, quizás inconscientemente, pretende ocultar ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ BOE de 13 de enero de 1981.

⁽⁷⁾ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, 1994, p. 25.

⁽⁸⁾ Vid. el estudio de A. BORRÁS de lo que ella llama los conflictos ocultos en relación a las migraciones y la sociedad multicultural en “*Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*” en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1994-V (T. 211), p. 243.

Esta necesidad de conocer si el supuesto es de tráfico externo o no adquiere una gran relevancia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. La nacionalidad extranjera de los menores en ambos casos es conexión relevante para catalogar los supuestos de *tráfico externo* y poner en marcha las normas de competencia judicial internacional del art. 22 de la LOPJ, y las de ley aplicable de los artículos del CC, 8.2 en cuanto al régimen del procedimiento, 9.4 del CC en cuanto al régimen de la filiación biológica y adoptiva así como a las relaciones paterno-filiales, 9.5 en cuanto a la constitución de la adopción y 9.6 en cuanto a la adopción de otras medidas de protección como el acogimiento ⁽⁹⁾.

El Derecho Internacional Privado obliga a realizar esta apertura a ordenamientos extranjeros aunque la solución material a la que se llegue sea similar a la que se llegaría si se hubieran obviado. La decisión del juez debe tener en cuenta las diferencias socio-económicas, culturales y religiosas que se producen cuando el supuesto está conectado a través de alguno de sus elementos con ordenamientos extranjeros y dichas diferencias se convertirán en parámetros de interpretación incluso del derecho español cuando éste sea de aplicación en virtud de una norma de conflicto. No olvidemos que el Derecho Internacional Privado actúa como canal de comunicación intercultural pero para ello es imprescindible que el juez conozca las conexiones interculturales que plantea el supuesto ⁽¹⁰⁾.

IV. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Uno de los puntos del debate en los Autos de referencia ha consistido en la determinación de la competencia de los jueces españoles para conocer del asunto. La privación de la patria potestad, así como la extinción de la filiación biológica y constitución de la filiación adoptiva, son materias subsumibles en la actualidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial como derecho autónomo en defecto de Tratados internacionales que regulen la competencia judicial internacional. De aquí que no sirvan de fundamento los arts. 8.2 y 9.5 del CC alegados por la Juez en el segundo caso ya que estos preceptos son determinantes de la ley aplicable y no de la competencia judicial internacional. Del art. 22

⁽⁹⁾ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. Filiación y alimentos en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 375. Vid. el comentario de R. ARENAS GARCÍA al Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 1995 en el que se debate la aplicación del primer o último párrafo del art. 9.6 del CC conducentes a distintas leyes materiales. REDI, Vol. XLIX, 1997, 1, p. 240.

⁽¹⁰⁾ S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y derecho internacional privado", REDI, vol. XLVI, 1994, 2, pp. 576 y ss.

de la LOPJ ⁽¹¹⁾ podemos deducir claramente la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento de las acciones entabladas ya que, en el primer caso, la residencia habitual del menor marroquí se sitúa en España al tiempo de la propuesta de la adopción y en el segundo caso, la menor irlandesa ha tenido su residencia en España desde el momento de su nacimiento. Ambas conexiones operan como criterios de competencia suficientes e incuestionables de la competencia de los Tribunales españoles.

V. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 9.4 Y 9.5 DEL CC

A partir de aquí nos debemos plantear si la ley aplicable a la constitución de la adopción (art. 9.5) ejerce una “vis atractiva” sobre la privación de la patria potestad subsumible en un precepto autónomo (art. 9.4) dedicado a la filiación por naturaleza ya constituida y en proceso de extinción ⁽¹²⁾ o debe tener un tratamiento autónomo.

(11) Art. 22 LOPJ. *En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:*

(...)

2. *Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.*

3. *En defecto de los criterios precedentes y en materia de (...) filiación y de relaciones paterno-filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España.*

(12) Las relaciones paterno-filiales también han sido tratadas a remolque de la ley aplicable a los procedimientos de divorcio, argumentándose la “vis atractiva” del art. 107 del CC respecto a este tipo de relaciones jurídicas enervando la aplicación del art. 9.4. Sin embargo entendemos que en estos casos las relaciones paterno-filiales guardan una estrecha relación con la disolución del vínculo matrimonial que justificaría dicha interpretación. La asignación a uno u otro de los progenitores del contenido de la patria potestad es consecuencia inmediata y obligada del quebrantamiento de la familia. Las relaciones y los sujetos intervinientes siguen siendo los mismos aunque con un reparto diferente. Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS “Derecho de familia. El matrimonio”, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 325. La delimitación dependerá de la concepción que el juez tenga de la patria potestad y de la otra institución con la cual el asunto debatido presente conexión. L. TOPOR, *Les Conflits de lois en matière de puissance parentale*, París, 1971, p. 16. El debate respecto a la determinación de la ley aplicable a la patria potestad al hilo de un procedimiento de divorcio lo expone G. ESTEBAN DE LA ROSA al hilo de un comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de junio de 1995 decantándose por la aplicación de la “lex fori” REDI, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 235 y ss.

En un proceso de adopción, entendida como la concibe nuestro Código Civil en su art. 178 como institución que produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, requisito imprescindible para que se produzca la aplicación por nuestros Jueces del art. 9.5 de nuestro Código Civil, tiene que aparecer necesariamente el tratamiento de la filiación por naturaleza y de la patria potestad como institución protectora, situándonos en el art. 9.4 del CC. Como se desprende del art. 177 del CC para poder constituir una filiación adoptiva es imprescindible la constancia de que la filiación biológica a través de la patria potestad no cumpla su función protectora bien porque son los propios padres los que renuncian a este derecho consintiendo que sean otras personas las que lo asuman mediante la constitución de una nueva relación de filiación (éste sería el caso irlandés aunque sólo en un primer momento ya que posteriormente se retractaron ante las autoridades administrativas y ante el Juez) o bien a través de una constancia fáctica por parte de la autoridad administrativa del estado de desamparo del menor (éste sería el caso marroquí).

El art. 9.4 está dedicado a la regulación del carácter y contenido de la filiación tanto biológica como adoptiva y a las relaciones paterno filiales. Bien es cierto que el precepto no incluye expresamente la determinación y extinción de la filiación, sin embargo hay autores que, con serios argumentos, han defendido su inclusión ⁽¹³⁾. En definitiva, podemos decir que en materia de filiación nos encontramos en el terrero del estado civil y el art. 9.1 del CC vuelve a remitirnos a la Ley Nacional del Menor ⁽¹⁴⁾. Por tanto, bien por la vía del art. 9.4 o por la del art. 9.1 del CC, nos situamos en la Ley Nacional del Menor.

Está claro que en un proceso de adopción la única filiación existente y no cuestionada en ninguno de los casos en análisis, es la filiación biológica, por lo que podemos pensar que alcanza una autonomía suficiente como para ser tratada en la sede legal que dispuso el legislador y que en el caso español es la Ley Nacional del Menor. Esta Ley será la que determine los derechos y deberes

(13) Al no referirse el precepto a la atribución o determinación legal de la filiación biológica, la doctrina se planteó la disyuntiva entre la aplicación del art. 9.1 o del art. 9.4, mostrando fundados argumentos a favor de la segunda opción. Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Filiación y alimentos", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, 1993, p. 499. N. BOUZA VIDAL, "Comentario al art. 9.4 del Código Civil" en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, p. 20; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Comentario al art. 9.4 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo I, vol 2º, Madrid, 1995, p. 210. Otras opciones interpretativas en M. GUZMÁN ZAPATER *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, Madrid, 1996, *passim*.

(14) J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, pp. 336 y ss.

inherentes a la patria potestad, los titulares de ésta y los modos de ejercicio, así como la privación, extinción, prórroga o recuperación de la patria potestad ⁽¹⁵⁾.

La práctica judicial demuestra que la privación de la patria potestad cuando no existe ningún otro titular que pueda ejercerla (primer caso) o cuando recae sobre ambos titulares (segundo caso) siempre es tratada en sede de la constitución de otra institución protectora bien la tutela, el acogimiento, la adopción, etc. Si derivamos en la Ley de la institución protectora que pretendemos constituir la determinación de la privación de la patria potestad se producirá un vaciado de contenido importante del art. 9.4 que dudamos que fuera la voluntad del legislador ⁽¹⁶⁾. De aquí que podamos invertir los términos de la argumentación. Ya que la primera y única filiación existente hasta el momento es la biológica que es la que se pretende extinguir para constituir una nueva, la adoptiva, la Ley que rija la primera podría ejercer una “vis atractiva” sobre la segunda. De aquí que podamos interpretar que deba ser la Ley Nacional del Hijo la que determine la privación de la patria potestad así como la posibilidad de ruptura total de los vínculos filiales con su familia biológica y la constitución o no de una segunda filiación o de la institución protectora que vaya a suplir a la patria potestad. Esta solución estaría en coherencia con el art. 9.1 del CC, que rige el estado civil de las personas y con el art. 9.6, primer apartado, del Código Civil que remite también a la Ley Nacional del Hijo las formas de protección del incapaz, que en nuestro caso sería la adopción, sin perjuicio de tomar medidas provisionales de protección según la Ley Española en virtud del art. 9.6 “in fine”.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.5

Siguiendo esta argumentación, cuando la Ley Nacional del Hijo prevea la posibilidad de ruptura con los lazos de la familia biológica y la posibilidad de sustitución de dichos lazos por la adoptiva, pasamos al art. 9.5 del CC que concentra en la Ley Española la máxima responsabilidad en la constitución de la adopción por juez español. Sin embargo, la realidad es justamente la contraria. Antes de saber si un menor tiene extinguidos definitivamente sus vínculos jurídicos con su familia biológica está inmerso en un procedimiento de creación de una filiación nueva, la adoptiva. Así, una vez comprobada la competencia de la

(15) J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, 1996, p. 376.

(16) Vid. el caso planteado en relación a este art. 9.4 pero como cuestión previa de una sucesión en la Sentencia de la AP de Málaga de 5 de junio de 1993, *REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 363-365 y nota de E. ZABALO ESCUDERO *REDI*, vol. XLVI (1994)1, pp. 365 y ss. Respecto a la reducción del ámbito material del art. 9.4 vid. N. BOUZA VIDAL, “Comentario al art. 9.4 del CC”, *Comentarios...*, ob., cit., pp. 32 y ss.

autoridad judicial a través del art. 22.3 de la LOPJ, ésta aplica directamente la Ley Española a los requisitos de constitución de la adopción. La Ley española determina los límites de edad, de parentesco y de idoneidad, así como los consentimientos, asentimientos necesarios o su enervación.

En el marco de este procedimiento de jurisdicción voluntaria, el art. 177.1 exige el consentimiento en presencia del juez del adoptante o adoptantes y del adoptando mayor de doce años. Por otro lado, el art. 177.2 establece que deberán asentir, esto es, no deberán oponerse a lo que los adoptantes y adoptados van a consentir: 1.º El cónyuge del adoptante... 2.º Los padres del adoptando ... a menos que *estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para la privación*. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la LEC. Este es el momento en el que puede frustrarse la adopción cuando se compruebe que según la ley aplicable no es posible extinguir la filiación biológica.

Mucho más coherente resultaría el poder proceder a la adopción cuando ya estuviera resuelta la extinción de la filiación biológica si ello fuera posible. En caso contrario el procedimiento iniciado no sería de filiación adoptiva sino el de la institución protectora que según el caso, satisfaga mejor los intereses de protección del menor, consiguiéndose un ahorro de tiempo importante y evitaría la tensión emocional entre las familias biológicas y adoptivas que en definitiva redundaría en la consecución del interés del menor.

En los dos Autos de referencia no se toma en cuenta la Ley Nacional del Menor, aplicándose automáticamente la Ley Española a la extinción de la filiación biológica y a la constitución de la filiación adoptiva. En ambos casos, se observa que hay una oposición, de la madre (caso marroquí) y de los padres (caso caso irlandés) a la adopción, esto es, en ambos casos no se produce el asentimiento requerido por la Ley Española. Es entonces cuando nos tenemos que salir del acto de jurisdicción voluntaria y abrir un procedimiento contradictorio previsto en el art. 1827 de la LEC en el que se debe entrar a valorar las causas legales de la privación de la patria potestad para poder obviar el asentimiento de los padres biológicos si es que se entendiera incurso en ellas.

En ambos Autos, se rechaza la aplicación del art. 9.4 en virtud de una doctrina asentada por la DGRN ⁽¹⁷⁾ que declara que dicho artículo regula relaciones paterno-filiales ya constituidas pero no es de aplicación para su constitución como sería el caso. Efectivamente la Dirección General, en el caso citado, resuelve un recurso sobre la posibilidad o no de inscribir el reconocimiento bilateral de una filiación no matrimonial de una menor sin aprobación judicial, la

(17) Resolución de la DGRN de 22 de julio de 1988, RJ 1988/6355.

cual fue exigida por el Ministerio Fiscal en virtud del art. 124 del CC al no considerar probada la filiación por parte de su madre española y su padre alemán. La DGRN resuelve el recurso accediendo a la inscripción al considerar probada la filiación por constante posesión de estado respecto a ambos progenitores sin que deba tenerse en cuenta la Ley Nacional del Padre, conexión que, aunque derogada ya en la fecha de la resolución, tampoco sería de aplicación por ser de aplicación a relaciones de filiación ya constituidas y ésta tenía pendiente su reconocimiento ⁽¹⁸⁾.

Al margen de la opinión que nos merezca la resolución de la DGRN, resulta clara su falta de adecuación al asunto que resuelven los jueces de instancia, ya que el objeto de la “litis” es la privación de la patria potestad existente y derivada de una filiación biológica que no está en cuestión. De aquí que de la mencionada Resolución debamos extraer la consecuencia contraria, es decir, el art. 9.4 será de aplicación para la determinación de la filiación ⁽¹⁹⁾ y una vez determinada también será de aplicación para averiguar el nacimiento y extinción de la patria potestad, así como su contenido.

VII. REPERCUSIONES PRÁCTICAS DE ESTAS CONCLUSIONES

1. El interés del menor en la aplicación de su Ley nacional a la filiación biológica

Aunque ya hemos visto que una de las opciones de la doctrina es considerar autónoma cada relación jurídica ya se plantee como cuestión principal o como cuestión previa, dicha opción no debe ser apriorística, sino basada en los principios que informan las relaciones jurídicas que son objeto de debate. De aquí que debamos valorar la aplicación del art. 9.4 del CC, en relación al

⁽¹⁸⁾ (...) aunque ese precepto estableciera que las relaciones paterno-filiales se regirían por la Ley Nacional del Padre, ello no podía entenderse referido más que a la relación paterno-filial ya constituida, pero no a su constitución: el reconocimiento de la filiación, el cual habría de seguir el régimen de los actos del estado civil, de modo que si es aplicable la ley alemana para apreciar la capacidad del autor del reconocimiento, rige la ley española para determinar la capacidad de la reconocida, su consentimiento o el de su *representante legal o la aprobación judicial, así como el propio concepto de hija no matrimonial, como cuestión de estado civil de un español que cae bajo el ámbito de la ley nacional, por imperativo del principio general contenido en el artículo 9.º 1 del Código Civil (cfr. también artículo 9.9 del CC)*.

⁽¹⁹⁾ Vid. M. GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación ...*, ob. cit., pp. 71 y ss.

interés del menor como principio rector del art. 9.4 del CC, que nos sitúa en la ley marroquí en el primer caso, al ser la única nacionalidad del menor y en el segundo caso en la Ley irlandesa, nacionalidad de la menor que quedó acreditada por las autoridades irlandesas a petición de la Fiscal ⁽²⁰⁾. Estas leyes sólo podrían quedar excepcionadas en virtud del orden público constitucional centrado en el interés del hijo (art. 39.2 CE), la igualdad de sexos (art. 14 CE) o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1º CE). En este sentido, la ley extranjera queda excepcionada cuando no cubra las necesidades mínimas de educación y cuidado del menor, así como cuando las causas de privación de la patria potestad estén basadas en la discriminación de alguno de los progenitores ⁽²¹⁾.

Se ha dicho que la elección por el legislador de la ley personal del hijo se corresponde con el objetivo de protección integral de los hijos del art. 39.2 CE ⁽²²⁾, sin embargo, aunque se ha criticado la falta de orientación material del precepto y la rigidez de la norma ⁽²³⁾, en los casos que nos ocupan, la aplicación de la ley nacional del menor no sólo no sería contraria al orden público sino que, especialmente en el primer caso, se respetaría la identidad cultural del menor contribuyendo a una solución armoniosa y tolerante en beneficio de la convivencia pacífica entre la cultura magrebí y la occidental cada día más abocadas a ello.

El principio de igualdad consagrado internacionalmente ⁽²⁴⁾ exige que las situaciones diferentes sean tratadas diferentemente. Como explica E. JAYME, lo que caracteriza la cultura postmoderna es que la idea de la diferencia entraña sobre todo el derecho al respeto a la identidad cultural. Si llevamos esta idea al

⁽²⁰⁾ Art. 6 de la Ley de nacionalidad y ciudadanía irlandesa de 1956 modificada parcialmente en 1986: *Una persona es ciudadana irlandesa cuando su padre o madre fueran ciudadanos irlandeses en el momento de su nacimiento.*

⁽²¹⁾ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capacidad y protección de los incapaces”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, Madrid, 1995, pp. 123 y ss.

⁽²²⁾ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Comentarios al art. 9.4 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 85.

⁽²³⁾ Esta idea ha sido matizada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ argumentando que, en materia de familia, la seguridad y la previsibilidad juegan un papel tan importante como la flexibilidad en los mecanismos de solución: “Comentarios al art. 9.4 del CC” en *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 219. M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, 1988, pp. 111 y ss.

⁽²⁴⁾ Art. 76.c) de la Carta de Naciones Unidas: ...sin distinción de raza, de sexo, de lengua, de religión.

Derecho Internacional Privado, nos encontramos por ejemplo, que la adopción internacional es considerada como subsidiaria de la adopción nacional, ya que el desplazamiento de un menor al extranjero pone a disposición su identidad cultural adquirida en el Estado de origen y por ello, sus derechos a la diferencia. El interés del menor no es solamente económico. El derecho a la diferencia se deriva, en lo que concierne a los conflictos de leyes, en la preferencia dada a la conexión de una situación internacional con la ley de origen ⁽²⁵⁾.

En segundo lugar, cuando la ley nacional del menor coincide con la de su familia biológica como son los casos que nos ocupan y los que se suceden de manera habitual, se consigue un resultado coherente y practicable. El juez español actuará respetando la identidad cultural de la familia biológica y dicha decisión merecerá el respeto y por tanto el reconocimiento por parte de las autoridades judiciales de su país de origen. Si en el caso marroquí, la familia biológica consigue secuestrar al menor y llevárselo a Marruecos, es más fácil que allí reconozcan la validez de un acogimiento permanente como institución equivalente a la Kafala y por tanto se ordene la vuelta del menor a España que reconozcan la constitución de una filiación adoptiva que va contra sus más arraigados principios y que ven en ella una agresión y desprecio a su propia cultura. Las Autoridades judiciales marroquíes aplicarán el art. 23.4 del recientemente entrado en vigor convenio hispano-marroquí de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 30 de mayo de 1997 ⁽²⁶⁾ que en nombre del orden público les permitirá rechazar la decisión española que haría retornar al menor a España, no siendo tampoco alegable el convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de la misma fecha de publicación y entrada en vigor. Situación distinta es el caso irlandés, cuyo ordenamiento acepta la ruptura de la filiación biológica y sustitución por la filiación adoptiva, de aquí que en situación similar a la anterior descrita no existan impedimentos de orden público para reconocer la adopción constituida en España ⁽²⁷⁾ según la ley irlandesa de 1991 aplicable al reconocimiento de adopciones extranjeras. En caso de traslado de la menor, se pondría en marcha

(25) E. JAYME “Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne” en *Recueil des Cours*, tomo 251, 1995, pp. 251 y ss.

(26) BOE n.º 151, de 25 de junio de 1997. Entró en vigor el 1 de julio de 1999, BOE n.º 151, de 25 de junio de 1999.

(27) La competencia de la autoridad española para determinar el destino de la menor ha sido reconocida por los jueces irlandeses en sentencia de la High Court de Irlanda de 24 de marzo de 1999, que resolvió al hilo de una demanda de devolución de la menor en aplicación del Convenio de La Haya de sustracción internacional de menores, del que Irlanda no es parte.

el mecanismo de restitución previsto en el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores así como el restablecimiento de dicha custodia de 20 de mayo de 1980 ⁽²⁸⁾.

Estas situaciones claudicantes fueron las que condujeron al legislador español a introducir en el art. 9.5 de manera facultativa para el juez la aplicación de las leyes extranjeras para completar consentimientos, audiencias o autorizaciones que no se requirieran según la ley española y pudieran ser alegadas ante tribunales extranjeros por la familia biológica como argumentos oponibles al reconocimiento de la decisión española.

El legislador se ha vuelto a dar cuenta que aún no existen medidas que palién la situación del conflicto de civilizaciones en las que se enmarcan las adopciones. El último intento por salvar los problemas que generan los particularismos en materia de filiación adoptiva ha sido la reciente Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del art. 9.5 del CC ⁽²⁹⁾ que trata de eliminar los efectos de la ley extranjera mediante medidas que recuerdan más el derecho patrimonial que el derecho de familia: *La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.*

Sin embargo, por muchas imposiciones que de manera unilateral trate de introducir el legislador español ⁽³⁰⁾ nunca podrá salvar la realidad a menos que exista un acuerdo internacional. Y esa realidad es que difícilmente dicha renuncia va a ser reconocida en el país de origen ya que verá en ella una agresión a sus más arraigados principios. De aquí que sólo con conseguir trasladar al menor a su país de origen se desvanecen los efectos de la renuncia, e incluso sin que llegara a producirse el traslado sería difícil excepcionar el reconocimiento en España de una sentencia extranjera que declare la nulidad de la renuncia

⁽²⁸⁾ BOE nº 210, de 1 de septiembre de 1984. La ratificación de Irlanda se produjo el 28 de junio de 1991 con la siguiente reserva: de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del convenio, Irlanda se reserva el derecho a denegar el reconocimiento o ejecución de las decisiones relativas a la custodia en los casos previstos en los artículos 8º y 9º, o en uno de ellos, por los motivos previstos en el artículo 10. BOE nº 152/1992.

⁽²⁹⁾ BOE nº 119, de 19 de mayo.

⁽³⁰⁾ De cuestionable legalidad ya que resulta difícil aceptar la posibilidad de renuncia a derechos tan inalienables como el derecho a la filiación biológica cuando la ley nacional aplicable lo reconoce. Supone otro atentado a la identidad cultural de difícil justificación ya que no está fundamentada en el interés del menor que deberá juzgarse “ad casu” y no de manera apriorística como pretende imponer el legislador español, sino en beneficio de la estabilidad emocional de la familia adoptiva.

realizada en nuestro país. Tendremos que volver al fácil recurso al orden público para imponer nuestro criterio sobre lo que para nosotros es el interés del menor ⁽³¹⁾.

Por otro lado la imposición a la familia biológica de unos efectos jurídicos difícilmente asimilables por su formación y cultura y totalmente desconocidos como es la extinción de la filiación biológica y la sustitución por la adoptiva, puede generar comportamientos y actitudes desproporcionadas en perjuicio del menor. De aquí, que resulta más operativo en interés del menor que procedamos a una adaptación de ambas legislaciones y que nuestra interpretación en la elección de las normas de Derecho Internacional Privado aplicable así como en la incorporación del derecho material aplicable al caso esté presidida por una protección efectiva del menor que conlleve un respeto a su cultura y que traerá como consecuencia la toma en consideración de la cultura y principios españoles, política de la que se podrán beneficiar tantas madres españolas que tienen lejos a sus hijos marroquíes por sinrazones semejantes ⁽³²⁾.

En tercer lugar, el hecho de que la legislación extranjera no reconozca la extinción de la filiación biológica y por tanto tampoco la constitución de la adoptiva no tiene por qué implicar la imposición por la fuerza del ordenamiento español. El interés psico-afectivo, económico y moral del menor se puede ver satisfecho mediante la constitución de cualquier institución protectora que inserte al menor en una familia cuyo interés no sea la satisfacción de su anhelo filial, sino el altruista y filantrópico de salvar una vida de la desgracia y del sufrimiento y formarla en valores y principios universales. El menor puede crecer protegido por las leyes españolas y extranjeras del perjuicio que pudiera ocasionarle el contacto con su familia biológica y totalmente integrado en el seno de una familia cuyo nivel de tolerancia acepte esta circunstancia, y con el transcurso del tiempo y de manera natural quedará totalmente integrado en el

⁽³¹⁾ Esta posibilidad de renuncia a los derechos que reconoce la ley nacional ya ha sido planteada y criticada por la jurisprudencia y la doctrina francesa al hilo de la constitución de adopciones de menores extranjeros cuya ley nacional prohíbe la adopción o no le atribuye los mismos efectos que en Francia. Vid. el comentario de F. MONEGER a la S. de 1 de julio de 1997 en *JDI* 4, 1997, pp. 973 y ss.

⁽³²⁾ Este proceso de adaptación se conoce con la teoría del Derecho Internacional Privado en dos escalones. El primero consiste en determinar el ordenamiento aplicable y en el segundo se procede a una modulación del derecho material mediante la toma en consideración de ciertas circunstancias extranjeras presentes en el caso. Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral" en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5262-5267. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa" en *Anuario de Derecho civil*, 1993, pp. 1141-1149.

seno de la sociedad española ⁽³³⁾ sin utilizar las técnicas imperativas que lo único que generan son tensiones emocionales que desembocan en comportamientos y actitudes incontrolables y en la instrumentalización del propio menor, situación nada más alejada de su propio interés.

2. Paralelismo entre la Ley Nacional de los Menores y la Ley Española

a) Titulares de la patria potestad

Respecto al derecho marroquí, que sería nuestro primer caso de estudio, debemos comenzar por comentar el acercamiento que últimamente ha experimentado a los valores occidentales aunque continúan lejos de llegar a una asimilación ⁽³⁴⁾. Con fecha 6 de septiembre de 1993, el Reino de Marruecos depositó el instrumento de aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ingresando en dicha organización. A partir de este momento, Marruecos ha publicado cuatro Dahires que han modificado su derecho de familia. Mediante los Dahires núms. 1.93.345, 1.93.346, 1.93.347 de 10 de septiembre de 1993, el Reino de Marruecos han modificado algunas disposiciones de su Código relativo al estatuto personal, reforzando la protección de la mujer casada frente al marido. Un Dahir de la misma fecha (núm. 1.93.165) ha establecido asimismo un régimen de protección del niño abandonado a través de la Institución tradicional para el derecho islámico de la Kafala, etc. ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ En ley española de nacionalidad de 1990 (BOE nº 302, de 18 de diciembre de 1990 y modificaciones parciales en BB.OO.E. nº 307 de 24 de diciembre de 1993 y 264 de 4 de noviembre de 1995) se exige sólo un año de residencia para el que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en dicha situación en el momento de la solicitud. Situación que recoge también el art. 13.2 del RD 155/1996 sobre régimen jurídico de extranjería, reconociendo el efecto retroactivo de la autorización de residencia de los menores extranjeros en situación de desamparo en España. En el caso de la menor irlandesa, al haber nacido en España, le será de aplicación también la reducción del año de residencia del art. 22.2.a) de la Ley 18/1990. Vid. M.T. ECHEZARRETA, *Legislación sobre nacionalidad*, Madrid, 1999.

⁽³⁴⁾ Vid. M.A. ASÍN CABRERA, “La mujer y el derecho islámico: Problemas culturales de identidad e integración” en A. GÓMEZ RODRÍGUEZ J. TALLY (Eds.) “La construcción cultural de los femenino”, Centro de Estudios de la mujer, Universidad de La Laguna, pp. 105 y ss.

⁽³⁵⁾ Vid. una crónica de las reformas operadas en el derecho marroquí de C. GONZÁLEZ BEILFUS, “La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias”, *REDI*, vol. XLVI (1994), 1, pp. 451 y ss. y C. GÓMEZ CAMARERO, “Algunas cuestiones en torno a la reforma de la Mudawwana”, *Miscelanea de Estudios Árabes y Hebraicos*, 45 (1996), 49-73.

Según la ley marroquí ⁽³⁶⁾, la patria potestad deriva de la filiación biológica, única filiación conocida en dicho país y en todos los países islámicos. Tradicionalmente, la ley marroquí establecía que la patria potestad ⁽³⁷⁾ (*wilaya*) corresponde en exclusiva al padre. A la madre sólo la guarda y custodia (*hadana*). A la madre por tanto le correspondían las obligaciones propias del cuidado, alimentación y orientación religiosa y moral del hijo y al padre la protección de sus intereses patrimoniales. Sin embargo esta situación legal se enturbia con los arts. 61, 88 y 482 del Código penal (Dahir núm. 1-59-413 de 26 de noviembre de 1962). Especialmente en este último artículo en el que se dice que *serán castigados con penas de prisión de un mes a un año y multa de 200 a 500 Dirhams, sin perjuicio de la privación de la patria potestad, el padre o la madre que, como consecuencia de malos tratos, por proporcionar un mal ejemplo al consumir alcohol, por una conducta desordenada, o negligencia o falta del necesario control en cuanto a la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, produjera un grave daño a uno o más de ellos*.

En el caso que nos ocupa, el menor es hijo de padre desconocido y de madre soltera que no cumplía con sus deberes de cuidado y protección del menor. Según el art. 83, el Código de Estatuto Personal y de Sucesiones marroquí no reconoce al hijo natural ni al adoptado. Ahora bien, a partir de dicha declaración en el apartado 2º del mismo artículo se dice que la filiación ilegítima es nula en lo que al padre respecta y no deriva de ella ningún efecto. Sin embargo, en lo que a la madre respecta, tiene la misma validez y crea los mismos efectos que la legítima, y ello en virtud de los lazos naturales que unen a la madre con su hijo ⁽³⁸⁾. De

⁽³⁶⁾ La traducción de los textos del árabe ha sido realizada por M. Feria García. Traductor jurado de árabe, miembro del grupo de investigación Traductología (HUM 435) y colaborador del Grupo de Investigación de Relaciones jurídicas Hispano-marroquíes (SEJ 267), ambos de la Junta de Andalucía.

⁽³⁷⁾ No existe en derecho islámico el concepto de patria potestad que sí existía en época preislámica, incluyendo el derecho a dar la muerte a los hijos o a abandonarlos en época de hambruna. Sin embargo, el Corán mejoró la situación del menor convirtiendo la patria potestad en una forma amplia de tutela paterna. Sin embargo hemos preferido utilizar la traducción *patria potestad* para evitar la confusión con la institución de la tutela. Adviértase, sin embargo, que en ciertos lugares la legislación marroquí en vigor utiliza la expresión *sulta abawiya*, traducción literal de la expresión francesa *puissance parentale*. Vid. MILLOT, L., *Introduction á l'étude de droit musulman*, París, 1953, p. 399. Sobre la evolución histórica de la patria potestad vid. L. TOPOR, *Les Conflits de lois en matière de puissance parentale*, París, 1971, p. 6.

⁽³⁸⁾ Vid. art. 6.2 de la ley de nacionalidad marroquí, Dahir de 6 de septiembre de 1958 en la que se reconoce la adquisición de la nacionalidad marroquí, entre otros supuestos, a los nacidos de madre marroquí y padre desconocido o nacidos en Marruecos de madre marroquí y padre apátrida.

aquí que a los efectos que nos interesa, podemos deducir que en el caso que nos ocupa y según el derecho marroquí la madre tiene la patria potestad, aunque suspendida por las autoridades españolas, y es la titular de la única filiación existente, esto es, la filiación natural o biológica.

Si pasamos al segundo caso, esto es a la ley irlandesa, llegamos a conclusiones perfectamente asumibles también por el ordenamiento español. El derecho irlandés aplicable es la Ley de tutela de menores de 1964 en su versión reformada por la Ley del Estatuto del Menor de 1987 y por la Ley del Menor de 1997. Hasta la Ley del Estatuto del Menor de 1987, el padre natural, es decir el progenitor no casado con la madre, no tenía derecho a solicitar que se le reconociera la patria potestad conjunta con la madre natural, derecho que se le reconoció en 1987 y, para ello, debía solicitarlo al Tribunal debiendo mediar el consentimiento de la madre. En la actualidad y a partir de 1997, el padre natural puede ostentar la patria potestad conjunta sin recurrir a los tribunales.

b) Declaración de desamparo

Partimos de la declaración de desamparo como medida inmediata de carácter protector resuelta por la autoridad administrativa según el derecho material español (art. 172 del CC) tal y como le impone el art. 9.6 “in fine” del CC, dado que el menor se encontraba en España. Como tal medida urgente de protección tiene una justificación clara la remisión a la ley española como derecho inmediato de obligado cumplimiento por las autoridades administrativas españolas ⁽³⁹⁾, sin embargo pocas son las diferencias que separan ambas legislaciones.

El Dahir 165-1-1993 de 10 de septiembre de 1993 define en su art. 1 al menor desamparado como el menor de ambos sexos, menor de 18 años gregorianos cumplidos, diez años solares, en alguna de estas situaciones:

- a) *De padres desconocidos, hallado casualmente en cualquier lugar.*
- b) *Huérfano sin medios económicos de vida.*

⁽³⁹⁾ Situación distinta es la constitución de una institución protectora de carácter definitivo que deberá quedar subsumida en el párrafo primero del art. 9.6 y por tanto regulada por la ley nacional del menor. Vid. S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “Comentarios al art. 9.6 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 264.

c) *Si sus padres no pueden ocuparse de su cuidado y educación por razones de fuerza mayor ajenas a su voluntad.*

d) *Cuando sus padres no cumplen con su obligación de cuidarlo y educarlo* ⁽⁴⁰⁾.

Decretada la situación de desamparo, el art. 5 del Dahir de 1993 ⁽⁴¹⁾ establece que (...) *de forma temporal, y hasta que la Comisión encargada dictamine respecto al acogimiento (Kafala) del menor, la Fiscalía del Rey podrá alojar al niño en un centro sanitario o institución de protección social de la infancia, ya sean de responsabilidad estatal o local, u organismo o institución de utilidad pública reconocida.*

Finalmente en cuanto a la recuperación de la guarda y custodia por la madre los arts. 98 y 110 del Código del estatuto personal establecen dicha posibilidad cuando se extingan las causas que, involuntariamente, impedían el ejercicio de la guarda y custodia. Similar situación también a la contemplada en el art. 170 del CC.

Respecto al derecho irlandés y en cuanto a la declaración de desamparo se puede producir de manera voluntaria tal y como se produjo en el segundo caso mediante la renuncia voluntaria a la filiación biológica permitida por la Ley Nacional del Menor y la común de los progenitores. Dicho consentimiento inicial debe ser tal que equivalga a la renuncia o abandono plenamente informado, libre y voluntario, circunstancias que al igual que en el derecho español deberán ser probadas respetando las suficientes garantías en el procedimiento tal y como veremos posteriormente al hilo de la privación de la patria potestad. En virtud del art. 42 de la Constitución irlandesa y del art. 3 de la parte II de la Ley de Protección del Menor de 1991, se designa al Estado y específicamente al Consejo Sanitario (Health Board) asumir la guarda y custodia voluntarias del menor, es decir con el consentimiento de los padres, o iniciar procedimientos ante el Tribunal de Distrito para obtener una Resolución que retire a los padres la guarda y custodia del menor.

⁽⁴⁰⁾ El art. 2.º del Dahir establece que la declaración de desamparo será solicitada por el fiscal competente, de oficio o a instancia de tercero, ante el Tribunal de Primera Instancia en cuya jurisdicción se encuentre el lugar de residencia del menor. El Tribunal de Primera Instancia competente declarará al menor en situación de desamparo cuando, como resultado de las averiguaciones practicadas al efecto, se ponga de manifiesto que dicho menor se encuentra en alguna de las situaciones antes señaladas. Sin embargo y lógicamente las cuestiones de procedimiento que se substancien en España serán reguladas por la ley española en virtud del art. 8.2 del CC.

⁽⁴¹⁾ Dahir con rango de Ley núm. 1.93.165 de 22 de rabia I de 1414 de la hégira, correspondiente al día 10 de septiembre de 1993, en relación a los niños desamparados.

c) Suspensión-privación de la patria potestad

Tras la declaración de desamparo y la protección del menor mediante el acogimiento se plantea la privación de la patria potestad. Independientemente de a quién corresponda la titularidad de la patria potestad, debate que no se plantea en ninguno de los dos supuestos de referencia y que sería contrario al principio de igualdad constitucional optimizado, mediante el atributo de imperatividad que se le ha otorgado al art. 156 del CC ⁽⁴²⁾, resulta probado en ambos Autos que la madre (en el caso marroquí) y los padres (en el caso irlandés) están incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto de la guarda y custodia de acuerdo a la ley española. Al mismo resultado se hubiera llegado si se hubiera aplicado la ley marroquí o la ley irlandesa ⁽⁴³⁾, pues el art. 170 del CC no varía en gran medida de un ordenamiento a otro, de aquí que podría operar la supresión del asentimiento a la adopción previsto en el art. 177.2.^a del CC siempre que lógicamente se probaran los hechos determinantes dentro de un marco de garantías ⁽⁴⁴⁾, como de los expedientes parece deducirse.

(42) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capacidad y...”, ob cit., p. 124.

(43) De aquí que no existan razones de orden público que impidan la aplicación del derecho extranjero. Sobre algunos de los supuestos de orden público en materia de patria potestad vid. L. TOPOR, *Les Conflits de lois en matière de puissance parentale*, París, 1971, p. 201 y ss. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Estatuto personal y orden público en Derecho Internacional Privado español”, *REDI*, 1967, pp. 217-246.

(44) STC de 16 de julio de 1997, núm. 114/1997. Recurso de Amparo núm. 71/1995. BOE de 18 de julio de 1997, núm. 171 (suplemento). (...) Lo fundamental, desde la óptica constitucional, es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable (...). En la STC 71/1990 quedó sentado, con carácter general, que no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales procedimientos comunes. Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (...). A estas razones es preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil transparenta su intención de servir importantes fines. Uno, asegurar que todas las actuaciones serán llevadas a cabo “con la conveniente reserva”, evitando en particular que se quiebre la muralla de discreción que la Ley establece entre la familia de origen y la familia adoptiva (art. 173.4 del CC y art. 1826 LECiv). Otro fin al que

En el derecho irlandés y en el supuesto que nos ocupa, para que se produzca la privación de la patria potestad definitiva es necesario el consentimiento definitivo de los padres naturales. Ahora bien, igual que el caso español, dicho consentimiento podrá ser dispensado en beneficio del menor, dispensa que deberá tomarse sobre la base de los hechos de cada caso concreto y, asimismo, con arreglo a la naturaleza de la relación que se haya creado entre el niño y los futuros padres adoptantes, y sobre la base de los informes psiquiátricos relativos a dicha relación y también a la importancia para el menor de sus lazos consanguíneos con sus padres naturales. Circunstancias todas ellas tenidas en cuenta y probadas para la Juez de Instancia.

- d) Situación en la que queda el menor privado de la patria potestad de sus progenitores.

Ya hemos comprobado que el art. 9.4 regula no sólo el carácter y contenido de la filiación sino también su determinación. En clara coherencia deberá ser el art. 9.4 el que determine la extinción de la filiación biológica y consecuentemente la posibilidad de crear artificialmente una segunda filiación que asuma el contenido íntegro de la filiación frustrada. Hemos comprobado también cómo no hay razones de orden público para subsumir en un ámbito distinto al art. 9.4 del CC relaciones que, no cabe la menor duda, pertenecen a la propia esencia de la filiación. Así, una vez comprobado en la ley nacional del menor la posibilidad de extinción de la filiación biológica daría paso a la aplicación del art. 9.5 y por tanto a la ley española. Parece razonable y coherente que el precepto que nuestro ordenamiento dedica a la filiación biológica y adoptiva a la vez sea el que regule de manera coherente la desaparición de una y la posibilidad de sustitución por otra, al margen de que los requisitos y cuestiones de procedimiento se regulen por la ley española como ya hemos visto anteriormente en virtud del art. 9.5 del CC.

Con esta interpretación nos separaríamos de la solución propuesta en el auto de 5 de mayo de 1998, pues en el caso marroquí no se podría acceder a la constitución de la adopción ya que el art. 9.4 ha prohibido el paso al art. 9.5 mediante la imposibilidad de extinción de la filiación biológica reconocida por la ley marroquí como ley nacional del menor y por tanto y en directa coherencia, tampoco acepta la sustitución de los mismos por la filiación adoptiva. Sin embargo, sí reconoce la posibilidad de constituir figuras jurídicas muy simila-

sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 “in fine”, 174 y 176.1 del CC y art. 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

res al acogimiento permanente de nuestro art. 173 bis.2 del CC ⁽⁴⁵⁾ o a la tutela del art. 239 del CC, cuya aplicación entraría por la vía de la remisión del art. 9.6 primer apartado que vuelve a situarnos en la ley nacional del menor ya que Marruecos no ha ratificado el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 1961 ⁽⁴⁶⁾ que establece un protagonismo importante de la ley de la residencia habitual sin descuidar el papel de la ley de nacionalidad.

Esta interpretación podría estar también avalada por el art. 20 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ⁽⁴⁷⁾ que ejemplifica las formas en que poder cuidar al niño desamparado y entre ellas enuncia la colocación en hogares de guarda, la Kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Y continúa... *Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

Esta solución estaría acorde con otras soluciones de nuestro entorno europeo ⁽⁴⁸⁾ y con nuestros compromisos internacionales asumidos con Marruecos como el Tratado de 4 de julio de 1991 de amistad, buena vecindad y cooperación hispano-marroquí ⁽⁴⁹⁾ mediante el cual *las partes se comprometen a promover todas las acciones encaminadas a crear un espacio común cultural, inspirándose en sus tradicionales vínculos históricos y humanos que encontrarán*

(45) En este sentido, aunque refiriéndose al acogimiento español anterior a la reforma de la Ley 1/1996 de 15 de enero (BOE nº 15, de 17 de enero) se ha manifestado el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de abril de 1995 basándose en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1992. Nota de M. MOYA ESCUDERO en *REDI*, vol. XLVII (1995), 2, pp. 415 y ss. Vid. también las Resoluciones de 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996.

(46) BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987.

(47) BOE de 31 de diciembre de 1990. Pese a ser parte del Convenio, Marruecos y Argelia prohíben en su legislación la adopción reservando dicha fórmula en el momento de su ratificación. Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, "La protección jurídica del menor en la convención de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 484 y ss.

(48) Sentencia del Tribunal de menores de Bolonia de 8 de noviembre de 1974, *Riv.dir.int.*, 1978, pp. 384 y ss. En esta línea también la jurisprudencia francesa ha respetado la ley nacional del menor como rechazo a *du rapport boiteux*. Vid. los comentarios a algunas decisiones francesas en este sentido de Poisson-Drocourt, en *Riv.crit.dr.int.pr.* I, 1993.438 y 1993.291. Vid. también la comunicación de H. MUIR WATT "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale" en *Travaux du Comité française de droit international privé*, 1993-1995, pp. 49 y ss.

(49) BOE nº 49/1993, de 26 de febrero de 1993.

en los principios de tolerancia, convivencia y respeto mutuo la guía que permitirá tejer un sólido y fructífero patrimonio común. Dentro de este contexto las dos Partes se esforzarán en promover un mayor y más fuerte conocimiento mutuo, al objeto de eliminar viejos malentendidos y aprensiones colectivas que impiden una mejor comprensión entre sus sociedades y pueblos. Ambas partes se declaran resueltas a hacer respetar y aplicar estos principios para desarrollar una nueva filosofía en sus relaciones de cooperación, que se base en la confianza mutua, en la complementariedad, en el carácter global y en la necesidad de movilizar toda la fuerza y creatividad de sus sociedades en la búsqueda de un nuevo lenguaje común de cooperación.

Finalmente, aunque con carácter prioritario, *el interés del menor* ⁽⁵⁰⁾ es el que debe marcar la pauta de nuestra interpretación y, aunque está abocado a una definición judicial in “casu”, creemos que esta solución optimiza mejor dicho interés definido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 24 de enero de 1991 ⁽⁵¹⁾ como *...el bienestar físico, moral, intelectual y social y, en definitiva, garantía de la formación y desarrollo integral del menor*. En principio, no hay argumentos para pensar que un menor no va a alcanzar dicho bienestar y desarrollo en el seno de una familia que quiera, sepa y pueda proporcionárselo sin la exigencia del título filial. Por otra parte, una correcta aplicación de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección al Menor extiende la actuación de los servicios sociales del Estado a los menores que se encuentren en esta situación, adecuando su inserción paulatinamente en la sociedad española ⁽⁵²⁾.

No cumpliríamos con los objetivos diseñados por los principios de Derecho Internacional Privado si seguimos imponiendo, en nombre del orden público y de un falso interés del menor, el rechazo constante a otras culturas y por ende a otros ordenamientos cuando podemos cumplir con nuestros objetivos constitucionales y a la vez respetar otros valores, sin embargo nunca debemos perder de vista que estos deben ser parámetros de interpretación que deben ser adaptados por el juez “ad casu” ⁽⁵³⁾. Se impone por tanto una especialización de las res-

⁽⁵⁰⁾ Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, *RJC*, 1994, pp. 915 y ss.

⁽⁵¹⁾ *REDI*, vol. XLV (1993), pp. 237 y ss.

⁽⁵²⁾ Supra nota 29. J.M. ESPINAR VICENTE, “El matrimonio...”, ob. cit., pp. 340 y ss.

⁽⁵³⁾ Este mismo problema ha sido tratado espléndidamente por M. GUZMÁN al hilo de las tres posibilidades que tiene el intérprete de proceder cuando se enfrente a un problema de investigación de la paternidad cuando la ley aplicable remita a un ordenamiento que prohíba o limite dicha investigación: 1º Aplicar la ley extranjera en nombre del respeto a la identidad cultural del hijo. 2º Descartar la ley extranjera y aplicar automáticamente la

puestas por vía interpretativa ⁽⁵⁴⁾ que sea capaz de alcanzar el interés del menor conjugando el derecho material extranjero aplicable al supuesto con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento.

3. Conclusiones

Tras este análisis comparado de la práctica judicial y legislativa al que nos ha llevado la toma en consideración de las normas de Derecho Internacional Privado llegamos a las siguientes conclusiones:

1º En los supuestos de protección de menores en los que exista conexión con algún ordenamiento extranjero, antes de proceder a la constitución de una institución protectora en España y sin perjuicio de tener que adoptar las medidas urgentes necesarias según la ley española en virtud del art. 9.6 “in fine”, se debe proceder a aplicar con carácter prioritario el art. 9.4 del CC, a efectos de determinar la titularidad de la guarda y custodia y del derecho de visita entre los dos progenitores.

2º En caso de que la patria potestad derivada de la filiación biológica quede frustrada, debemos seguir moviéndonos dentro del art. 9.4 del CC, para determinar la necesidad de privación de la patria potestad definitiva y por tanto la posibilidad de ruptura de vínculos jurídicos con la familia de origen, respetando los principios rectores del ordenamiento extranjero todo lo que nos permita nuestro ordenamiento constitucional.

3º Resuelta dicha posibilidad de ruptura, se procede a la aplicación del art. 9.5 y por tanto de la ley española en cuanto a los requisitos de constitución y formalización de una nueva filiación adoptiva.

4º En caso de que la ley nacional no permita la constitución de la filiación adoptiva, el art. 9.4 da paso al art. 9.6 primer apartado que nos vuelve a remitir a la ley nacional para constituir la institución protectora que según el caso satisfaga mejor el interés global del menor.

Si se sigue este procedimiento conseguiremos paliar la tensión emocional entre las dos familias que siempre repercute negativamente en el menor, ya que el menor sólo será acogido por una familia adoptiva española cuando se tenga la constancia de que es un menor adoptable y se tenga una relativa certeza de que

ley española en nombre del orden público. 3º Atenuar el juego de los efectos de la remisión a la ley extranjera prohibitiva por la cláusula de orden público, a través de un análisis caso por caso, para contrarrestar en última instancia el grado de integración de la situación y del interesado en la sociedad española. “La investigación...”, ob. cit., pp. 72 y ss.

(54) S. SÁNCHEZ LORENZO, “Postmodernismo...”, ob. cit., p. 582.

dicha decisión puede ser reconocida en su país de origen. Mientras tanto el menor permanece protegido por las muchas familias que integran programas de acogida temporal o definitiva con las que los menores pueden crecer protegidos íntegramente y al margen de la frustrante tensión que le genera la lucha afectiva por conseguir su filiación.

Si se respeta la legislación del menor, en alguna medida se disuade a la familia biológica de interponer acciones judiciales en su país de origen o de violentar o incluso secuestrar al menor para conseguir una resolución contradictoria en su país, pues las posibilidades de éxito disminuyen considerablemente. Esta afirmación la podemos comprobar en el segundo de los casos que hemos comentado. La sensibilidad que en el procedimiento se manifestó por el respeto al derecho irlandés contribuyó a que los tribunales de aquel país reconocieran sin reserva alguna la competencia de los tribunales españoles para decidir sobre la adopción de la menor basándose en que la menor, aunque irlandesa, nunca había tenido allí la residencia ⁽⁵⁵⁾.

Ello no obsta para que el menor goce de todo tipo de asistencia social reconocida en la Ley 1/1996 de protección al menor y en el RD 155/1996 de 2 de febrero de ejecución de la ley de extranjería hasta alcanzar el grado de integración que le permita adquirir la nacionalidad española, momento en el cual resulta presumible que no exista la tensión emocional de los primeros momentos y pueda llegar a constituirse la filiación adoptiva como un mero trámite.

(55) Vid. supra nota 27.

DERECHO COMPARADO

ALIMENTOS, INDEMNIZACIONES Y COMPENSACIONES ENTRE DIVORCIADOS

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

I. PENSIONES ALIMENTICIAS

- 1. Dinamarca**
- 2. Suecia**
- 3. Noruega**
- 4. Francia**
- 5. Alemania**
- 6. Bélgica**
- 7. Inglaterra**
- 8. Grecia**
- 9. Holanda**

II. INDEMNIZACIÓN DE EQUIDAD Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

- 1. Portugal**
- 2. Suiza**
- 3. Francia**

III. PENSIÓN COMPENSATORIA

- 1. Francia**
- 2. Italia**
- 3. Alemania**

IV. COMENTARIOS FINALES

- 1. Sistema alemán**
 - 2. Sistema francés**
 - 3. Sistema italiano**
 - 4. Sistema español**
-

En la legislación comparada encontramos tres tipos de ayuda entre cónyuges divorciados: la obligación alimenticia, la indemnización de equidad y la prestación compensatoria.

I. PENSIONES ALIMENTICIAS

La encontramos en los Países Escandinavos, Alemania, Francia, Bélgica, Inglaterra, Grecia y Holanda. En países como Alemania y Francia se contemplan a la vez supuestos de pensión alimenticia y de prestación compensatoria.

1. Dinamarca

La pensión es casi siempre temporal, rara vez vitalicia. Su finalidad es ayudar al cónyuge que queda peor a cubrir sus necesidades básicas mientras encuentra empleo.

El derecho a la pensión lo declara el juez, pero su cuantía la señala el Gobernador de la Provincia. Dicha cuantía suele oscilar entre el 20% y el 25% de los ingresos del pagador (o de la diferencia de ingresos en su caso).

Cuando la pensión del cónyuge coexiste con la de los hijos, la suma de ambas no suele superar la tercera parte de los ingresos.

2. Suecia

La regla general es no conceder pensión al cónyuge divorciado.

Excepcionalmente, en casos muy señalados de enfermedad, dedicación a la casa y convivencia duradera que hagan difícil para uno de los cónyuges encontrar trabajo, puede otorgarse la pensión, pero nunca de forma vitalicia.

3. Noruega

El mantenimiento del cónyuge divorciado a cargo del otro es también excepcional y nunca dura más de tres años.

4. Francia

El Código Civil francés conoce las tres clases de prestaciones:

- La obligación alimenticia, si la causa de divorcio ha sido la ruptura prolongada de la vida común (separación de hecho de más de seis años).
- La obligación indemnizatoria, en el divorcio culpable, y
- La prestación compensatoria, en el divorcio por mutuo acuerdo o por culpas compartidas.

Razones de coherencia lógica han llevado al legislador francés a proclamar, sin ningún inconveniente, que cuando el divorcio ha sido debido a ruptura de la vida en común, el cónyuge que tomó la iniciativa de divorciarse continúa teniendo el deber de socorro ⁽¹⁾.

La pensión alimenticia ⁽²⁾ se pierde si el alimentista contrae nuevo matrimonio o vive “en estado de notorio concubinato”.

El cónyuge deudor puede pedir que se capitalice la pensión y pagarla mediante una suma alzada de dinero, con el usufructo de determinados bienes, o depositando a plazo fijo valores rentables con la carga de transferir las rentas al cónyuge acreedor ⁽³⁾.

5. Alemania

La pensión alimenticia está prevista para los siguientes casos:

- Cuando uno de los cónyuges tiene a su cargo el cuidado y educación de un hijo común.
- Por razones de edad, enfermedad o decrepitud.
- Por razón de equidad a la vista de las circunstancias del caso.

⁽¹⁾ Art. 281.1: *Quand le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune, l'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu au devoir de secours.*

⁽²⁾ Obsérvese que estamos hablando de la pensión de alimentos, no de la prestación compensatoria, para la que no existe esta norma.

⁽³⁾ La pensión compensatoria en Francia puede también capitalizarse de una de estas tres formas. Nuestro art. 99 admite las mismas posibilidades.

El BGB alemán prevé también la posibilidad de conceder pensiones parciales o complementarias cuando el cónyuge, aun contando con algún trabajo o medios propios, no tiene lo necesario para vivir, por insuficiencia de ingresos o infortunios en los negocios. La pensión alimenticia es entonces temporal.

Aun habiendo base para reclamar alimentos al cónyuge divorciado, el juez puede no concederlos por razones de equidad, atendida la corta duración del matrimonio, la actividad delictiva del cónyuge peticionario contra el cónyuge demandado, los perjuicios patrimoniales ya causados por el cónyuge beneficiario, el previo abandono familiar, el incumplimiento grave de la obligación alimenticia por su parte, y razones análogas.

6. Bélgica

“El Tribunal puede atribuir al cónyuge que ha obtenido el divorcio, sobre los bienes e ingresos del otro, una pensión que permita asegurar su subsistencia, habida cuenta de sus ingresos y posibilidades, en condiciones equivalentes a aquéllas que tenía durante la vida en común”⁽⁴⁾.

Aunque el artículo acredita el derecho en favor del cónyuge “que ha obtenido el divorcio”, parece que se refiere al cónyuge inocente, sea o no el demandante.

La dificultad se presenta en los divorcios de mutuo acuerdo, tras una separación de más de cinco años, o en el basado en el estado de desequilibrio mental grave de uno de los cónyuges que imposibilite la convivencia.

La ley resuelve estas dudas estableciendo que si ambas partes solicitan el divorcio, ninguna de ellas tiene derecho a pedir alimentos, salvo lo que hubieren pactado. Y que, cuando el divorcio es por separación de más de cinco años, se considera cónyuge culpable al que lo pide.

En este caso se fija para la pensión el límite máximo del tercio de los ingresos.

7. Inglaterra

La pensión alimenticia (*periodical payments order*) no es más que una medida dentro del paquete de disposiciones y ajustes patrimoniales que puede acordar el tribunal. Por consiguiente no tiene mucha significación aisladamente considerada.

(4) Art. 301 del CC belga.

De todas formas cuando se acuerda este tipo de ayuda suele ser temporalmente, por un periodo de tres a cinco años, y con la finalidad de que el cónyuge beneficiario se adapte a su nueva situación y adquiera su propia independencia económica.

8. Grecia

Después de 1983 no se permiten pensiones alimenticias de carácter vitalicio.

Pueden concederse estas ayudas temporalmente, cuando la edad y estado de salud de uno de los cónyuges le impida mantenerse por sí mismo, no pueda trabajar por tener que cuidar de los hijos, carezca de posibilidades de trabajo debido a falta de formación profesional o, en general, cuando el principio de autosuficiencia deba descartarse, por motivos de equidad, a la vista de las circunstancias del cónyuge necesitado.

La pensión periódica puede sustituirse por un pago único de capital a tanto alzado. Modalidad que se prefiere a la pensión temporal siempre que se pueda afrontar el pago, porque el acreedor no queda a merced de futuras incertidumbres y permite al acreedor contar con un capital inicial.

La pensión puede ser denegada o limitada cuando el matrimonio ha durado poco tiempo; cuando el que la pide sea el culpable del divorcio; y cuando su estado de necesidad haya sido buscado de propósito.

9. Holanda

La pensión es temporal si el matrimonio ha sido de corta duración. En otro caso es indefinida. Decae al contraerse nuevo matrimonio o cohabitar con otra persona. También cesa cuando el perceptor está en condiciones de ganarse la vida por sí mismo. La tendencia es favorable a la temporalidad de la pensión, y en este sentido se han propugnado reformas legislativas.

II. INDEMNIZACIÓN DE EQUIDAD Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

Siguen este sistema las legislaciones de Portugal, Suiza y Francia.

1. Portugal

“El cónyuge declarado único o principal culpable, y asimismo el que pidió el divorcio fundado en la causa c) del art. 1781 (alteración de las facultades mentales cuando dure más de seis años y comprometa gravemente la conviven-

cia) debe reparar los daños no patrimoniales causados al otro cónyuge por la disolución del matrimonio. La pretensión indemnizatoria debe ser deducida juntamente con la acción de divorcio.”⁽⁵⁾

2. Suiza

“El cónyuge inocente cuyos intereses pecuniarios, aunque sean eventuales, resulten comprometidos por el divorcio tiene derecho a una indemnización de equidad a cargo del cónyuge culpable. Si los hechos determinantes del divorcio comportan un grave atentado a los intereses personales del cónyuge inocente, el juez puede concederle además una suma en metálico a título de reparación moral.”⁽⁶⁾

Vemos en esta doble regulación que la indemnización de equidad (en Suiza) o la pretensión indemnizatoria (en Portugal) se imputan con criterios culpabilísticos.

Su cuantía depende de los intereses personales y pecuniarios (sistema suizo) o sólo de los no patrimoniales (sistema portugués), que hayan podido resultar dañados o comprometidos por el divorcio. “A contrario”, no hay indemnización si no hay cónyuge culpable y por supuesto si, aún habiéndolo, no se demuestra la realidad de los perjuicios personales o materiales derivados precisamente del divorcio.

La acción para pedir la indemnización es inseparable de la de divorcio.

3. Francia

“Cuando el divorcio se decreta por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a indemnizar el perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio haga sufrir a su cónyuge. Este último podrá demandar los daños y perjuicios con motivo de ejercitar la acción de divorcio.”⁽⁷⁾

El sistema francés es, en este punto, parecido al suizo. La jurisprudencia ha recalcado que no cabe confundir los dominios de la indemnización y de la pensión compensatoria: La primera depende de la culpa y de la prueba del daño; pero no de la capacidad o recursos del esposo deudor. Con la pensión compensatoria ocurre exactamente al revés: no depende de la culpa y sí de los recursos del otro cónyuge.

⁽⁵⁾ Art. 1792 del CC portugués.

⁽⁶⁾ Art. 151 del CC suizo.

⁽⁷⁾ Art. 266 del CC francés.

Los perjuicios que son indemnizables dentro del pleito matrimonial son sólo los que traen causa del divorcio. Los demás daños entre cónyuges pueden ser reclamados en vía ordinaria.

III. PENSIÓN COMPENSATORIA

La encontramos instaurada en Francia, Italia, Alemania y España.

1. Francia

“El divorcio pone fin al deber de socorro previsto en el art. 212 del CC, salvo cuando sea pronunciado en razón de la ruptura de la vida en común; pero uno de los esposos puede ser obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida respectivas” ⁽⁸⁾.

La prestación compensatoria se fija según las necesidades de uno y los recursos del otro, teniendo en cuenta la situación existente en el momento del divorcio y su evolución en un futuro previsible ⁽⁹⁾.

Para la determinación de las necesidades y los medios, el juez tomará en consideración principalmente:

- la edad y estado de salud de los esposos;
- el tiempo ya dedicado o que hará falta dedicar a la educación de los hijos;
- las respectivas cualificaciones profesionales;
- su disponibilidad para nuevos empleos;
- sus derechos actuales y previsibles;
- su patrimonio, tanto en capital como en ingreso, después de la liquidación del régimen matrimonial ⁽¹⁰⁾.

La prestación compensatoria consistirá en el pago de un capital, siempre que la situación económica del deudor lo permita. El pago del capital puede aplazarse hasta tres años.

En otros casos puede transformarse en el usufructo de determinados bienes, muebles o inmuebles; en pagos en metálico; o en el depósito de valores rentables con orden de transferir los frutos al cónyuge acreedor.

⁽⁸⁾ Art. 270.

⁽⁹⁾ Art. 271.

⁽¹⁰⁾ Art. 272.

A falta, o por insuficiencia, de capital, la prestación compensatoria adopta la forma de una renta de duración igual o inferior a la vida del cónyuge beneficiario.

El esposo culpable del divorcio (con culpa exclusiva) no tiene derecho a ninguna prestación compensatoria. No obstante, puede obtener una indemnización de carácter excepcional, si, habida cuenta de la duración de la vida en común y de la colaboración prestada a la profesión del otro esposo, parezca manifiestamente contrario a la equidad negarle toda compensación tras el divorcio ⁽¹¹⁾.

2. Italia

“En la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, el Tribunal, teniendo en cuenta las condiciones de los cónyuges, las razones de la decisión, la contribución personal y económica de cada uno a la familia y a la formación de los patrimonios privativos o común, de los ingresos de ambos y valorando todos los elementos anteriores en relación con la duración del matrimonio, fijará la obligación de uno de los cónyuges de pasarle una asignación periódica al otro, cuando el último no tenga medios de fortuna adecuados o en todo caso cuando no pueda procurárselos por razones objetivas” ⁽¹²⁾.

3. Alemania

La pensión compensatoria alemana ocupa un lugar especial. Es una pensión para igualar las pensiones de los cónyuges, o en su caso, las expectativas de pensiones.

Ha lugar a la pensión compensatoria entre divorciados cuando durante el matrimonio hubieran creado o mantenido expectativas de derecho a una pensión de jubilación o de incapacidad laboral ⁽¹³⁾.

El cónyuge obligado a compensar será el que espera recibir una pensión mayor.

La regulación sobre la forma de “partir las pensiones esperadas” es muy casuística y compleja. Naturalmente está en relación con el sistema de pensiones existente en Alemania. El principio general es tomar como compensable el valor actual de la pensión esperada, según criterios actuariales, en la misma

⁽¹¹⁾ Art. 280 bis.

⁽¹²⁾ Ley de 1 de diciembre de 1970, art. 5º.

⁽¹³⁾ § 1587 BGB.

proporción en que estén los períodos de cotización cubiertos durante el matrimonio en relación con el tiempo total necesario para devengar la pensión.

IV. COMENTARIOS FINALES

1. La mayoría de los países resuelven el problema de reparar las desigualdades interconyugales después del divorcio prorrogando el deber de socorro mutuo de los cónyuges a ciertos supuestos de hecho y a cierto espacio de tiempo. Es decir, creando una pensión alimenticia “ad hoc”, generalmente de duración limitada y restringida a supuestos de hecho muy acuciantes (para uno de los cónyuges), que se pierde, en todo caso, cuando el alimentista contrae nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona.

2. Solamente Portugal, Suiza, y Francia (para el divorcio culpable), permiten que en el pleito de divorcio se acumulen acciones para la reclamación de los daños y perjuicios derivados del cambio de estado civil (Portugal) y/o de la liquidación del régimen patrimonial común (Suiza, Francia). Los daños personales se entienden como daños morales (“pretium doloris”) ⁽¹⁴⁾.

3. En materia de prestaciones compensatorias, el Derecho comparado sigue cuatro sistemas:

- *Sistema alemán*: Para compensar las expectativas de pensiones futuras que se pierden con el divorcio.
- *Sistema francés*: Para liquidar por anticipado y compensar las expectativas de alimentos, que asimismo se pierden con el divorcio.
- *Sistema italiano*: Como Francia, salvo que los alimentos futuros previsibles no se capitalizan para ser pagados de una sola vez, sino que se pagan en forma de renta periódica (*assegno*).
- *Sistema español*: Sigue la misma regulación material francesa, pero se desvía hacia la italiana al instaurar una “pensión”.

1. Sistema alemán

Si los cónyuges hacen comunes y reparten por mitad, en el momento de divorciarse, los bienes o las ganancias adquiridas durante el matrimonio (según sea el régimen), ¿qué les queda además por repartir? Evidentemente, sólo las *expectativas de derecho*.

(14) En España no hay nada parecido. La reclamación de daños entre los cónyuges, de cualquier naturaleza, ha de seguir el cauce normal del art. 1902. Algunos daños patrimoniales son enjugables en la liquidación de los gananciales, donde pueden hacerse valer. Cfr. arts. 1390 y 1391 CC.

El sistema legal alemán es que los divorciados, además de igualar sus adquisiciones habidas durante el matrimonio (*Zugewinnausgleich*), compartan también sus expectativas de pensiones. Es la desigualdad en este particular concreto de las expectativas de pensiones la que corrige la prestación compensatoria alemana.

2. Sistema francés

El sistema francés se fija más bien en que, en ciertos supuestos de divorcio ⁽¹⁵⁾, desaparece el deber de los cónyuges de prestarse alimentos. La pérdida de esta *expectativa de derecho* es la que intenta compensar con las prestaciones reguladas en los arts. 270 y ss.

La idea es que el cónyuge divorciado pierde para el futuro la posibilidad de poder contar con la asistencia del cónyuge en caso de necesidad, y debe ser compensado, en la medida de lo posible ⁽¹⁶⁾, de la pérdida de esta expectativa, mediante un último y definitivo pago. Para determinar cuál es preciso hacer un cálculo prospectivo de las necesidades y los medios de cada cónyuge en el futuro inmediato (*dans un avenir prévisible*) y capitalizar estas necesidades relativas futuras a valor actual.

La prestación compensatoria francesa está, pues, íntimamente vinculada con la obligación alimenticia que desaparece con el divorcio. Por eso, el art. 270, que es el que introduce la prestación compensatoria, empieza por la declaración de que el divorcio pone fin (salvo excepciones) al deber de socorro entre los cónyuges. Pero, no obstante —sigue diciendo— uno de los cónyuges puede ser obligado a pagarle al otro una prestación “destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura matrimonial cree en las condiciones de vida respectivas”.

Esta disparidad en las condiciones de vida respectivas es la que permite pronosticar cuáles serán las necesidades *futuras* del cónyuge necesitado, y los recursos *futuros* del otro.

Una vez fijada la cuantía de estas eventuales necesidades futuras (atendibles con los recursos futuros del otro cónyuge), la misma es inmodificable ⁽¹⁷⁾,

⁽¹⁵⁾ Todos, menos el que está basado en la interrupción prolongada de la convivencia, bien porque haya habido una separación de más de seis años, bien porque durante el mismo tiempo la convivencia se haya degradado y hecho imposible su continuación, debido a grave alteración de las facultades mentales de uno de los cónyuges.

⁽¹⁶⁾ *Autant qu'il est possible*, dice textualmente el art. 270.

⁽¹⁷⁾ “*La prestation compensatoire a un caractère forfaitaire.*” Art. 273.

salvo que la no revisión tenga para uno de los cónyuges “consecuencias de excepcional gravedad”⁽¹⁸⁾.

3. Sistema italiano

A la misma finalidad de cancelar obligaciones alimenticias futuras con una última y definitiva obligación asistencial que cubra las probables necesidades futuras del cónyuge carente de medios (y sin visos objetivos de que pueda llegar a tenerlos), responde el *assegno* italiano, pensión periódica que se pierde al contraer nuevo matrimonio⁽¹⁹⁾.

Esta modalidad de prestación compensatoria es la que ha prevalecido en el art. 97, que en este particular se desvía del modelo francés aunque lo siga en todo lo demás, con las salvedades que indicaré.

4. Sistema español

Sigue al francés, excepto en la modalidad de pago, en que hace de la regla una excepción, y viceversa.

La regla francesa es que la prestación compensatoria se pague de una sola vez, como capital a tanto alzado, y la excepción es que adopte la forma de una renta periódica.

En España es al revés: la regla es que la prestación sea una pensión, y eventualmente las partes, de mutuo acuerdo, la pueden transformar en una entrega de capital, en bienes o en dinero⁽²⁰⁾.

Un defecto técnico importante de la regulación española ha sido, a nuestro juicio, rebajar el papel protagonista que en el CC francés ocupa “el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge” —indiscutible columna vertebral de la prestación compensatoria francesa—, y adocenarlo entre los demás factores que menciona el art. 97. Lo cual ha contribuido a desdibujar la verdadera naturaleza jurídica de la institución, como compensatoria de las expectativas de eventuales ayudas alimenticias futuras que se pierden con el divorcio.

(18) Nuestra pensión compensatoria, que está inspirada en la francesa, también dota de gran estabilidad a la pensión compensatoria una vez determinada. “Fijada la pensión y las bases de actualización —dice el art. 100— sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”. Compárese este artículo con el art.147, que adapta los alimentos a cualquier cambio de fortuna, sea grande o pequeño.

(19) La ley italiana no menciona el concubinato como causa de pérdida del *assegno*.

(20) Art. 99.

Las notas que anteceden tal vez convenzan al lector de que la pensión compensatoria es una pensión alimenticia *especial*, donde las especialidades consisten:

- En que las necesidades y los medios que la definen no son necesidades actuales ni bienes presentes, sino necesidades previsibles y bienes futuros;
- En su mayor estabilidad, una vez determinada;
- En contar con nuevas causas específicas de extinción;
- En la posibilidad de transformar la pensión en una renta vitalicia, en un usufructo, en un capital, o en una dación de bienes en pago de la deuda;
- En contar con un sistema propio de actualización o indexación.

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.

PROBLEMÁTICA DE LA COMPETENCIA PARA LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS QUE SE HAN ADOPTADO POR UN TRIBUNAL EXTRANJERO

De igual forma que los tribunales españoles son competentes para tramitar un procedimiento de separación o divorcio de dos extranjeros (o un extranjero y un nacional) residentes en nuestro país, es perfectamente válido que un español (o un matrimonio de españoles) residente en el extranjero pueda obtener en aquel país la separación o el divorcio de su matrimonio. Sin embargo, es posible que con el tiempo, el cónyuge nacional (o ambos) regrese a España y establezcan en nuestro país su domicilio.

Si esta persona quiere ejecutar la sentencia de separación o divorcio dictada por el tribunal extranjero, los trámites dependerán del lugar en el que se encuentre el cónyuge incumplidor. Si tiene su residencia en el extranjero, lo más práctico será acudir a un abogado de aquel país y encargarle que solicite al tribunal lo procedente para que se cumplan las medidas. Si el cónyuge incumplidor reside en España, el camino a seguir pasa por solicitar el correspondiente exequatur, bien ante el Tribunal Supremo o ante el Juzgado de 1ª Instancia competente (dependiendo de los Tratados Internacionales suscritos) y una vez obtenido instar ante el juzgado de 1ª Instancia las medidas que sean necesarias para ejecutar el contenido de la sentencia matrimonial.

Ahora bien, el problema surge cuando se trata de modificar las medidas. ¿Deberá presentarse la demanda ante el tribunal extranjero que dictó las medidas o podrá acudirse a un juzgado español? La sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid en una Sentencia de 14 de febrero de 1995 (ponente Sra. Val Suárez) entendió que son incompetentes los tribunales españoles para modificar las medidas complementarias acordadas en una sentencia de divorcio

dictada por un juzgado holandés, aunque la misma haya obtenido el exequátur en España. El fundamento de esta tesis lo encuentra la Sala en que si un tribunal español modifica la sentencia dictada por un tribunal extranjero se vulnerarían principios de seguridad jurídica que repercutirían en el ámbito internacional, permitiendo a las partes con ello sustraerse a las leyes y Tribunales que le son propios por su nacionalidad.

Confirmando esta tesis, aunque referida al procedimiento de modificación de medidas adoptadas por un tribunal español, la misma Sala en su sentencia de 2 de octubre de 1998 (Ponente Sr. Sánchez Franco) señala que:

“Dispone el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ‘los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan para la reconvención en los casos en que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que se dictaren y para la ejecución de las sentencias’; declarando el T.S. que el término ‘incidencias’ 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 el 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 decidirse la continencia de los autos (SS. de 22 de marzo de 1945 y 5 de marzo de 1970) siendo tal el sentido y espíritu del referido precepto que deben observar los Juzgadores para no prorrogar su jurisdicción a asuntos que por la sola voluntad de las partes no pueden serles sometidos, sin subvertir normas del procedimiento que son de orden público (S. de 6 de julio de 1917) a lo que añade dicho Tribunal que las normas reguladoras de la competencia funcional son de índole absoluta ya que pertenece al ‘ius cogens’ por lo que no pueden ser alteradas por las partes a las que obligan, así como también al juzgador y han de ser apreciados de oficio (S. de 17 de noviembre de 1972).

La litis sometida en virtud del presente recurso de apelación al conocimiento de esta Sala se halla inmersa plenamente en la problemática competencial expresada en cuanto que seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Getafe (Madrid) procedimiento de separación matrimonial entre los hoy litigantes, y recaída sentencia por dicho órgano jurisdiccional y planteada demanda incidental de modificación de efectos de la sentencia de separación ante el Juzgado de 1ª Instancia de Parla núm. 3 y recayendo sentencia hoy recurrida, es visto a tenor de la doctrina jurisprudencial ya expuesta, que ello impli-

ca una incidencia respecto al anterior procedimiento de separación matrimonial incardinable necesariamente en el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha de determinar imperativamente y sin excepción alguna, la competencia funcional para su conocimiento en el mismo Juzgado que resolvió el procedimiento de separación matrimonial; es por ello que procede la nulidad de todo lo actuado, planteada por el Tribunal al tiempo de vista de esta alzada en el presente incidente de modificación de efectos por incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia de Parla para conocer del mismo.”

En resumen, según la anterior tesis el Tribunal que dicta las medidas en un procedimiento matrimonial es el único competente para modificarlas, siendo indiferente a estos efectos que se trate de un juzgado de 1ª Instancia español o extranjero.

Sin embargo, de seguirse esta tesis es posible que el cónyuge o cónyuges que residan en nuestro país se encuentren con algún inconveniente cuando intenten modificar las medidas ante el tribunal extranjero. En efecto, analicemos un supuesto real.

El juez de Familia de Pontoise (Francia) dictó el 7 de marzo de 1997 sentencia de divorcio acordando la atribución de la guarda y custodia de la hija menor a favor de la madre (de nacionalidad española) y fijando un régimen de visitas para el padre (de nacionalidad francesa). Posteriormente la madre y la hija menor trasladan su residencia a España. Con fecha 24 de julio de 1998, el padre solicita ante el mismo juzgado de familia la modificación del régimen de visitas. La madre plantea una cuestión de competencia ante los tribunales franceses a favor de la jurisdicción de los tribunales españoles. El Juez de Familia de París resuelve lo siguiente:

“La demanda relativa al derecho de visitas y alojamiento atañe a una medida individual de derecho privado o de derecho público tendente a la protección de la persona de un menor o de sus bienes dependientes de las normas sobre patria potestad, tutela y asistencia educativa.

El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 concerniente a la protección de los menores y de sus bienes, ratificado por Francia y España, deberá ser de aplicación en este caso.

El artículo primero del convenio otorga competencia a los Tribunales del Estado de la residencia habitual del menor.

El Convenio de La Haya prevé un sistema coordinado de competencia, según los casos, y excluye toda aquella competencia que no haya sido prevista en el mismo; por tanto, la de los artículos 14 y 15 del Código Civil que conceden el privilegio de jurisdicción al ciudada-

no francés para hacer comparecer en justicia a un demandado extranjero.

Al estar residiendo el hijo en España, procede, por el Juez de Familia de París, declararse incompetente a favor de los tribunales españoles, no aportando el demandante la prueba que exige el interés del hijo sobre las medidas de aplicación de la ley interna, conforme a las disposiciones del artículo 4 del Convenio de La Haya, que en el caso que nos ocupa serán desestimadas.”

La conclusión lógica de ello es que la tesis sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid debe admitir ciertas excepciones (al menos respecto a los países que han firmado el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961), cuando las medidas que se pretendan modificar afecten directamente al menor que reside en nuestro país, es decir, patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas e incluso, pensión alimenticia.

CRÓNICA LEGISLATIVA

PROPOSICIÓN DE LEY DE CREACIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA DE ALIMENTOS Y PENSIONES COMPLEMENTARIAS EN SUPUESTOS DE RUPTURA MATRIMONIAL O DEL NÚCLEO FAMILIAR Y DE ALIMENTOS

(GRUPO PARLAMENTARIO FEDERAL DE IZQUIERDA UNIDA,
BOCD SERIE B: 1 DE MARZO DE 1999, Nº 284-1)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La creación de un Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias en los supuestos de ruptura matrimonial o del núcleo familiar, intenta dar una respuesta realista al impago de pensiones y de alimentos a cónyuges separados, divorciados o que han visto su matrimonio anulado y que tienen a su cargo hijos económicamente dependientes. Esta misma protección se pretende dar a las familias de hecho, constituidas por parejas, con o sin hijos, que no están unidas por vínculo matrimonial, pero que constituyen un núcleo familiar perfectamente establecido.

La finalidad de la presente Ley es la de cubrir las necesidades más perentorias de las familias sin recursos económicos y que no reciben de manera puntual la prestación económica a que tienen derecho según lo establecido en las correspondientes resoluciones judiciales y sin posibilidades de que la reclamación legal de las pensiones se haga efectiva.

Aunque en el Código Civil se prevén toda una serie de garantías para que se cumplan las obligaciones económicas derivadas de los supuestos de crisis matrimonial y el Código Penal sanciona al cónyuge que deja de

cumplir estas obligaciones, en la práctica el porcentaje de los cónyuges obligados a prestar alimentos que incumple sistemáticamente esta obligación es muy elevado. Ello tiene como consecuencia que un gran número de familias que quedan a cargo de mujeres solas que afrontan el cuidado y educación de los hijos estén al borde de la miseria dando lugar a la situación que se ha denominado feminización de la pobreza.

De todos es sabido que el desempleo no afecta igual a hombres y mujeres, siendo la tasa de paro femenino superior al masculino. Las dificultades de las mujeres para acceder al mercado laboral se agravan cuando durante los años de convivencia su papel ha consistido en el cuidado de la familia. Esta desigualdad de hecho que se produce a la ruptura del matrimonio produce un importante desequilibrio para el cónyuge al que se le confían la guarda y custodia de los hijos dependientes económicamente, que normalmente es la mujer.

Esta es una realidad que otros países de nuestro entorno europeo han solucionado estableciendo un Fondo de Pensiones para aquellas familias abandonadas por el cónyuge obligado a prestar alimentos por resolución judicial.

Por otro lado, persiste la lentitud de la administración de justicia a la espera de eventuales reformas de las leyes de procedimiento que agilicen los trámites de enjuiciamiento y ejecución correspondientes, lo que impide resolver las necesidades de los cónyuges con hijos dependientes económicamente y que sufren el impago de las pensiones por separación, nulidad o divorcio y no tienen otro medio de subsistencia, que la propia prestación económica derivada de dichas resoluciones judiciales.

En este sentido, hace falta tener presente que la recomendación 869 de 1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invitaba a los Gobiernos a incorporar en sus legislaciones internas la necesidad de que los propios Estados garanticen el pago de las pensiones para alimentos de los hijos menores no emancipados establecidas por medio de resolución judicial relativa a la ruptura matrimonial. Se establecía una compensación económica a cargo de los Estados, como adelanto en caso de incumplimiento del pago de la pensión de alimentos por parte del cónyuge obligado a hacerlo.

La Constitución española establece, entre los principios rectores de la política social y económica de todos los poderes públicos, concretamente en su artículo 39, la protección económica de la familia. Su aplicación, por lo tanto, está condicionada a las necesidades y prioridades presupuestarias y no al contenido literal de las resoluciones judiciales incumplidas que pretenden suplirse.

Esta Ley reserva al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la acción de repetir las cantidades pagadas a quien tiene la obligación de hacerlas efectivas, constituyéndose así las cantidades abonadas en concepto de pensión, un avance que deberá recuperar la Administración del Estado por medio de las acciones subrogatorias que le quepan en derecho con el objetivo de no hacer gravosas las correspondientes partidas presupuestarias.

Esta Ley tiene, por tanto, la finalidad de dar una respuesta desde los poderes públicos

a la problemática planteada en numerosas familias matrimoniales y no matrimoniales de todos los sectores sociales en los casos de incumplimiento, por parte de quien está obligado, por resolución judicial, de aportar determinadas pensiones en favor de familias dependientes económicamente.

Artículo 1º Objeto.—Se crea el Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias por impago de alimentos o pensiones compensatorias derivado de ruptura matrimonial o del núcleo familiar con la finalidad de garantizar el pago de las obligaciones económicas derivadas de los procedimientos de separación, divorcio, nulidad o alimentos tanto en unidades familiares matrimoniales como no matrimoniales, previstos en la legislación civil vigente.

Art. 2º Naturaleza jurídica de los Fondos.—1. El Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias tendrá personalidad jurídica y estará constituido por las dotaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para cumplir la finalidad establecida en la presente Ley.

2. El Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias se hará cargo de las pensiones previstas en los artículos 90, 93, 97, 103 y 142 del Código Civil.

Art. 3º Beneficiarios.—Serán beneficiarios de la prestación económica prevista en la presente Ley los ciudadanos españoles en el momento de dictarse resolución judicial en todo caso, y los ciudadanos extranjeros a cuyo favor recayeran resoluciones judiciales de pensiones alimenticias descritas en el artículo primero de la presente Ley por tribunales españoles según lo establecido en el párrafo primero del artículo 107 del Código Civil.

Art. 4º Competencias.—Corresponderá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el ámbito de sus competencias, la gestión del Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias en los supuestos de impago de alimentos y pensiones derivados de sentencias judiciales de nulidad, separación o divorcio y juicio de alimentos.

Art. 5º Procedimiento.—El Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias estará obligado a responder del pago de las pensiones cuando existiera un impago por parte de la persona obligada por resolución judicial por ruptura matrimonial o del núcleo familiar o de alimentos. El reconocimiento de la responsabilidad será efectivo mediante resolución dictada previa tramitación del oportuno expediente administrativo.

Se establecerán reglamentariamente las condiciones para la apertura del mencionado expediente, así como la documentación necesaria para la tramitación del mismo.

Se procederá a la tramitación del expediente una única vez. Bastará el incumplimiento de un sólo pago para proceder a la tramitación del expediente correspondiente.

En cualquier caso, será necesario que sea acreditado de manera fehaciente el intento de cobro de las pensiones a que se tiene derecho mediante el recurso previo a la jurisdicción ordinaria.

Art. 6º Recurso administrativo.—Contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa se podrá interponer recurso contencioso-administrativo. Si el recurrente fuera la persona obligada al pago, deberá conseguir las cantidades debidas al acreedor hasta el momento de la interposición del recurso.

Art. 7º Acción de subrogación.—En cualquier caso, el Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias deberá exigir previamente al beneficiario la cesión de las acciones que le correspondan como subrogado en el cumplimiento de las obligaciones del cónyuge o miembro de la familia que se trate.

Las cantidades que repita el Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias tendrán la consideración de ingresos de derecho público, por lo que deberán ser incorporadas a la partida de ingresos correspondiente.

El Fondo podrá presentarse como parte en los procesos judiciales de ejecución derivadas del impago de las pensiones que den lu-

gar al reconocimiento y abono de pensiones por parte de este organismo.

Art. 8º Cuantía.—Se establecerá reglamentariamente la cuantía máxima de las pensiones reconocidas por el Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias y que en ningún caso podrá ser superior de la que se establezca judicialmente.

Art. 9º Deberes de información.—Los jueces que dicten las correspondientes resoluciones judiciales informarán a las personas beneficiarias del pago de las pensiones de la posibilidad y procedimiento para solicitar el pago de las mismas a través del Fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.—El Gobierno habilitará para el Presupuesto del presente año los créditos oportunos en el presupuesto para contemplar las consecuencias económicas derivadas de la entrada en vigor de esta Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—En el plazo máximo de tres meses, desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno elaborará el Reglamento de ejecución para adecuarlo al contenido de la presente Ley.

Segunda.—Las compensaciones económicas previstas en esta Ley se harán efectivas una vez entre en vigor su Reglamento de ejecución y su ámbito de aplicación llegará a las pensiones reconocidas y exigidas judicialmente con posterioridad a esa fecha. En los supuestos en los que se trate de reclamaciones anteriores a la entrada en vigor de la presente Ley, surtirán los mismos efectos siempre y cuando estos derechos se reclamen en la jurisdicción ordinaria con posterioridad a la entrada en vigor del reglamento que la desarrolle.

Tercera.—La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

PROPOSICIÓN DE LEY DEL FONDO DE GARANTÍA DEL PAGO DE ALIMENTOS

(PROPOSICIÓN DEL GRUPO SOCIALISTA, BOCX SERIE B:

12 DE ABRIL DE 1999, Nº 297)

MOTIVACIÓN

Necesidad de su creación. Existe en nuestra sociedad un importante problema que se produce por los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos, pese a la existencia de la obligación de pago establecida en resolución judicial.

Dichos incumplimientos se producen frecuentemente de forma voluntaria por la negativa del obligado al pago y, en otros casos, por la imposibilidad real de hacerlos efectivos. En cualquier supuesto, el resultado es que se producen numerosas situaciones de extrema necesidad y precariedad, que hace que existan muchos menores que durante más o menos tiempo no pueden ver atendidas siquiera sus necesidades básicas. El Estado debe de garantizar y dar una respuesta, al menos suficiente, a este grave problema social, si bien arbitrando las medidas necesarias tendentes a garantizar el buen uso del dinero público, así como para poder recuperar las cantidades dirigidas a tal fin, en la forma que se establece en la regulación que proponemos a través de esta Proposición de Ley.

En definitiva, el interés superior del menor debe primar por encima de otras consideraciones y el Estado debe dar cobertura y solución a estas trágicas situaciones que existen de grave desatención y abandono de menores.

La protección económica a la familia es un mandato constitucional (art. 39 de la CE), dirigido a todos los poderes públicos.

Una protección económica familiar eficaz tiene que garantizar que los alimentos

declarados en favor de los hijos menores de edad, tengan realidad efectiva en los supuestos en que el incumplimiento genera, de hecho, situaciones de necesidad.

Fundamentalmente la Ley responde a la necesidad de crear un mecanismo que soslaye las dificultades prácticas generadas para el cobro de alimentos declarados en convenios reguladores aprobados judicialmente o en resoluciones judiciales en supuestos de separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, proceso de filiación o de alimento, cuando el impago de las mismas crea graves situaciones vivenciales para el cónyuge a cuyo cargo quedan los hijos.

La problemática suscitada y la necesidad de su resolución ha encontrado eco tanto a nivel nacional como internacional, prueba de ello son las diversas resoluciones del Parlamento Europeo y las mociones y proposiciones no de ley aprobadas por nuestro Parlamento a lo largo de la IV y V Legislaturas.

CONTENIDO DE LA LEY

La Ley tiene como finalidad garantizar por el Estado, mediante un sistema de anticipos, el pago de alimentos a los hijos menores de edad acordados en el procedimiento correspondiente, cuando el obligado a prestarlos no lo lleve a efecto.

Para tal finalidad se crea un Fondo de Garantía de Pago de Alimentos cuya gestión se encomienda al Ministerio de Economía y Hacienda, con el objeto de no crear nuevas estructuras organizativas.

El Fondo está compuesto por las partidas presupuestarias que anualmente se consiguen en los Presupuestos Generales del Estado y el producto de los reintegros, a cuyo efecto la Ley prevé expresamente la afectación a dicho Fondo.

Una vez realizados pagos con cargo a éste, el Estado se subroga en todos los derechos inherentes al acreedor hasta el total importe de lo efectivamente satisfecho. Igualmente se regulan una serie de supuestos que darán lugar al reintegro de los pagos efectuados por el Estado. La Ley fija como límite para que los beneficiarios puedan recibir ayudas, que los ingresos de la unidad familiar no superen la cantidad establecida en la Ley Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para la obligatoriedad de efectuar declaración. También prevé que la unidad familiar no tenga bienes patrimoniales distintos a la vivienda en que reside habitualmente.

Los criterios para la determinación del importe de los anticipos toman como referencia las pensiones mínimas contempladas por la normativa vigente para casos similares, por asimilación, las pensiones de orfandad. Asimismo, se tendrá en cuenta la cuantía reconocida por alimentos con límites máximos en función del número de hijos y de la fijada en convenio regulador judicialmente aprobado o resolución judicial.

La Ley también exige para acceder a dichas ayudas haber instado la ejecución judicial y que ésta se haya resuelto sin efecto. Sin embargo, y ante la previsión de que existan supuestos en que la precaria situación del interesado haga imposible esperar a que esté terminada la ejecución, la Ley prevé una concesión de ayudas provisionales, donde sólo se requiere resolución judicial reconociendo el derecho a alimentos.

Artículo 1º Garantía del Pago de Alimentos.—El Estado garantiza, mediante un sistema de anticipos, el pago de alimentos reconocido a favor de los hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o de alimentos. Se consideran alimentos a los efectos de esta Ley los definidos como tales en el Código Civil.

Art. 2º Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.—El pago de los anticipos previstos en el artículo anterior se atenderá con cargo a un Fondo dotado con créditos previstos en los Presupuestos Generales del Estado. La gestión de dicho Fondo corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda.

Art. 3º Beneficiarios.—1. Serán beneficiarios del Fondo los menores de edad que sean españoles, o quienes no siéndolo residan habitualmente en España, y sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio, que tengan reconocido derecho de alimentos, acordado en convenio regulador judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o alimentos y no perciban las cuantías correspondientes a los mismos.

2. Podrán percibir dichas ayudas quienes sean beneficiarios, o tengan a su cargo beneficiarios. En ambos casos, será necesario que la unidad familiar constituida por el/la progenitor/a e hijos con derecho a alimentos no supere la cantidad establecida por la Ley Reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para la obligatoriedad de efectuar declaración.

3. A los efectos de comprobar la insuficiencia de recursos se tendrá en cuenta, además de los ingresos declarados por el perceptor, la carencia de bienes patrimoniales o los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el percibo de estas ayudas si dichos signos desmintiendo la declaración del solicitante revelan que éste dispone de medios económicos que superen el límite fijado por la Ley.

4. El ser el interesado propietario de la vivienda en que resida habitualmente no constituirá por sí mismo obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que aquélla no sea suntuaria.

Art. 4º Criterios para la determinación del importe de los anticipos.—1. Para la determinación del importe de los antici-

pos se tendrá en cuenta las cuantías reconocidas por alimentos en el correspondiente convenio regulador judicialmente aprobado o resolución judicial, con el siguiente límite máximo, en función del número de hijos: Con un hijo a cargo, 44.490 (cuarenta y cuatro mil cuatrocientas noventa) pesetas mensuales. Con más de un hijo a cargo, corresponderá a cada hijo, la cuantía resultante de aplicar la siguiente fórmula (en la que N es el número de hijos): $44.490 + (N - 1) \times 19.320$.

Estas cuantías se actualizarán anualmente, de acuerdo con el crecimiento que se establezca para las pensiones mínimas de orfandad del Sistema de la Seguridad Social.

2. La cuantía de los anticipos no podrá exceder, en ningún caso, del importe de los alimentos efectivamente reconocidos por convenio regulador aprobado judicialmente o por resolución judicial.

Art. 5º Procedimiento.—La solicitud de estas ayudas se presentará por el interesado o su representante al Ministerio de Economía y Hacienda, acompañando los documentos que reglamentariamente se determinen, los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, los datos del obligado a prestar alimentos y testimonio de la Resolución judicial que acredite haber instado sin efecto la ejecución para hacer efectivas las cantidades adeudadas.

Art. 6º Concesión de ayudas provisionales.—1. Podrán acordarse ayudas provisionales con anterioridad a haber instado la ejecución, siempre que quede acreditada la precaria situación económica del interesado y que medie convenio regulador judicialmente aprobado o resolución judicial reconociendo el derecho a alimentos.

2. El procedimiento a seguir será el previsto en el artículo anterior sustituyendo el testimonio de haber instado la ejecución sin efecto por testimonio de la resolución judicial donde se reconoce el derecho a alimentos.

Art. 7º Subrogación.—El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de los pagos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos. La repetición del importe de los pagos realizados contra el obligado a satisfacerlos, se realizará, en su caso, mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación. El Estado podrá mostrarse parte en el proceso que se siga.

Art. 8º Reintegros.—1. El Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de los pagos efectuados, por el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación en los siguientes casos: a) Cuando por resolución judicial firme se declare la inexistencia de la obligación de pago de alimentos. b) Cuando el perceptor reciba del obligado a prestar alimentos, con posterioridad a su abono por el Estado, el pago total o parcial de las cantidades adeudadas. c) Cuando la ayuda se hubiese obtenido en base a la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier otra forma fraudulenta, así como la omisión deliberada de circunstancias que hubieran determinado la denegación o reducción de la ayuda solicitada. d) Cuando la cuantía de los alimentos acordada en convenio regulador judicialmente aprobado o en resolución judicial firme, sea inferior a la abonada por el Estado.

2. En todo caso, el reembolso de los pagos recibidos en cualquiera de los supuestos previstos en el apartado anterior será requisito inexcusable para poder solicitar en el futuro nuevos anticipos.

3. Los ingresos obtenidos por el Estado por cualquiera de los conceptos recogidos en el apartado 1 se afectarán al Fondo regulado en el artículo segundo.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Única. Habilitación al Ministerio de Economía y Hacienda.—Se autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda para reali-

zar las modificaciones presupuestarias necesarias para la aplicación de la presente Ley.

seis meses, desde la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones necesarias para su desarrollo y ejecución.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Habilitación al Gobierno.— El Gobierno aprobará en el plazo máximo de

Segunda. Entrada en vigor.— La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

(NOTA: Ambas proposiciones de Ley quedaron rechazadas en la Sesión Plenaria celebrada el día 20 de abril de 1999).

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

**TÍTULO: REPERTORIO DE SENTENCIAS DE DERECHO DE FAMILIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA**

*Autor: Grupo de Abogados de Derecho de Familia
Colegio de Abogados de Granada
Ed. Comares. Granada, 1999.*

La importancia que el derecho de familia va adquiriendo en la práctica forense ha motivado que en muchos colegios de abogados se constituyan secciones o grupos especializados en la materia. Uno de ellos es el Grupo de Familia del Colegio de Abogados de Granada, que desde su creación ha trabajado incansablemente organizando jornadas, tertulias, reuniones con los jueces de familia, y que ahora, con este libro, ha visto cumplido uno de sus principales objetivos: recopilar y clasificar las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Granada.

El repertorio de sentencias incluye todas las materias relativas al derecho de familia: causas de separación, divorcio y nulidad, patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, vivienda familiar, pensión alimenticia, pensión compensatoria, cuestiones procesales, problemática de la ejecución, modificación de medidas, filiación, uniones no matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales.

Los autores de la recopilación, clasificación y síntesis son Javier López y García de la Serrana (Secretario del Grupo) y Eloísa Navarrete Sánchez (Tesorera-Bibliotecaria).

Así pues, desde ahora los profesionales del derecho y en especial los ejercientes en Granada tienen a su disposición un imprescindible y práctico manual que les servirá de guía para resolver las innumerables controversias que se presentan en los conflictos familiares.

TÍTULO: EL ERROR EN EL MATRIMONIO

*Autor: José Ramón de Verda y Beamonte.
Profesor de derecho civil de la Universidad de Valencia.
Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1997.*

El art. 73.4 del CC, en su redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, introdujo una radical novedad en el ordenamiento español: la consagración jurí-

dico-positiva del error en la cualidad personal como causa de nulidad del matrimonio. El precepto rompía así con una constante de nuestra legislación matrimonial, que arrancaba del art. 92.4º de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, y que se perpetuó en el originario art. 102.2º del CC: la exclusiva relevancia en sede de nulidad de matrimonio, del error en la persona del otro contrayente.

Esta importante reforma exigía que la doctrina desarrollase un estudio sobre qué cualidades personales podían ser causa para declarar la nulidad del matrimonio, qué entidad deberían tener y cuándo eran determinantes para la prestación del consentimiento matrimonial. A estas interrogantes da cumplida respuesta la obra que se comenta y que sirvió de base para la tesis doctoral de su autor.

Comienza la obra con unas consideraciones preliminares que introducen al lector en la función de la nulidad matrimonial y en la problemática del art. 73.4º del CC. A continuación, con todo detalle se van analizando los precedentes legislativos del artículo objeto de análisis. Seguidamente se da paso al estudio del error en la identidad de la persona, y fundamentalmente al error en las cualidades personales del otro contrayente. Por último, se aborda en profundidad el examen del requisito de la excusabilidad.

En resumen, un importante y práctico estudio del error en el matrimonio como causa de nulidad que sin duda debe ocupar un lugar en la biblioteca de todo jurista que aborde la materia.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

MADRID

El día 21 de octubre tuvieron lugar en Barcelona (Vía Laietana nº 22) unas jornadas de Derecho de Familia organizadas por ENFOQUE XXI cuyas ponencias fueron las siguientes:

La liquidación de la sociedad de gananciales: aspectos sustantivos y procesales. D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia nº 5 (Familia) de Málaga.

La fiscalidad en las crisis matrimoniales. Especial referencia a la Nueva Legislación. D. Juan Sabata Mir, abogado especialista en Derecho Fiscal.

El derecho de compensación económica por razón del trabajo. D. Antonio Para Martín, abogado y catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Los procesos matrimoniales en el proyecto de ley de Enjuiciamiento Civil. D. Javier Pereda Gámez, Magistrado. Profesor de la Escuela Judicial de Barcelona.

ZARAGOZA

Los días 18 y 19 de noviembre de 1999 se celebrarán en el Hotel Reino de Aragón de Zaragoza unas jornadas monográficas sobre “La liquidación de la sociedad de gananciales”, organizadas por ENFOQUE XXI en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y ponentes serán los siguientes:

Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación. D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia nº 5 (Familia) de Málaga.

El nuevo IRPF, repercusiones en el derecho de familia. D. Alfonso Polo Soriano, Abogado, Inspector e Finanzas en excedencia.

La vivienda familiar ganancial. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Calificación dudosa de bienes y deudas. D. Ángel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Aspectos procesales de la liquidación. D.^a Pilar González Vicente, Magistrada del Juzgado de Familia nº 29 de Madrid.

VALENCIA

Los próximos días 26 y 27 de noviembre se celebrarán en el Salón de Actos del Colegio de Médicos de Valencia las III Jornadas de Derecho de Familia organizadas por ENFOQUE XXI en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas que se tratarán en las distintas ponencias son los siguientes:

El abogado ante la mediación. D. Joseph Redorta Lorente, abogado.

El nuevo IRPF, repercusiones en el derecho de familia. D. Alfonso Polo Soriano, Abogado, Inspector de Finanzas en excedencia.

Oposición a las resoluciones de la Administración en materia de adopción y acogimiento de menores. D.^a Marisa Palay y Vallespinos, Abogada.

Aspectos relevantes de la reforma procesal en el ámbito familiar. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

4.º PREMIO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA ha acordado establecer un premio que llevará su nombre, y cuya concesión se establece en base a las siguientes condiciones:

1º Se establece un premio anual denominado “Concurso de artículos de la Asociación Española de Abogados de Familia”, que se convoca por medio de la presente.

2º El premio está dotado con la suma de 200.000 ptas.

3º Podrán optar al mismo todos los Abogados en Ejercicio pertenecientes a cualquier Colegio de Abogados de España.

4º El tema del trabajo será libre, siempre que tenga relación con un problema relativo al Derecho de Familia de carácter práctico.

5º La extensión del trabajo será de 15/20 folios mecanografiados por una sola cara y a doble espacio.

6º Los trabajos redactados en lengua castellana serán presentados en tres ejemplares en el domicilio de la Asociación Española de Abogados de Familia, Princesa, 3 duplicado, apartamento 1225 (28008 Madrid), en sobre cerrado dirigido al “Presidente del Jurado - Premio Asociación Española de Abogados de Familia”.

7º Los originales se presentarán con seudónimo y acompañados de plica cerrada dirigida al Presidente del Jurado, que contenga fotocopia del DNI y una tarjeta o ficha con los siguientes datos: seudónimo, nombre y apellidos, domicilio, Colegio de residencia, número de Colegiado, teléfono y fax, en su caso.

8º El plazo de admisión de trabajos finalizará el día 31 de enero del año 2000.

9º El Jurado, Presidido por el Presidente de la Asociación, estará formado por el mismo o persona en quien delegue y dos vocales designados por la Junta Directiva de la Asociación entre juristas especialistas en Derecho de Familia, no pudiendo formar parte quienes hayan concurrido al concurso.

10. El fallo se hará público dentro de los tres meses siguientes a la conclusión del plazo de admisión.

11. El trabajo premiado podrá ser publicado por la Asociación, en cuyo caso quedarían cedidos los derechos de autor. En caso de no ser publicado en el plazo de seis meses a contar desde la concesión del premio, el autor quedará facultado para su publicación, haciendo constar que es Premio de la Asociación Española de Abogados de Familia.

12. Los trabajos no premiados deberán ser retirados durante el mes siguiente a la publicación del fallo y, transcurrido este plazo, podrán ser destruidos.

13. La participación en el concurso supone la aceptación de estas bases.

GUÍA SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

El Ministerio de Justicia, dentro de su programa de actuación (1996-2000), ha abordado la necesidad de —mediante guías explicativas— informar a los ciudadanos sobre las nuevas leyes o aquellas disposiciones de especial relevancia para su vida privada. Así, tras la aprobación de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, que modifica el artículo 9.5 del Código Civil, hace público en esta guía cuáles son los problemas y las soluciones ordinarias en materia de adopción

internacional. Es decir, cuando los padres adoptivos realicen la adopción en cualquier otro país.

1. ¿Qué es la adopción en España?

En nuestro país la adopción (adopción plena) supone una nueva relación familiar igual o equiparada a la biológica, por lo que se establece, como regla, la ruptura de vínculos, personales, familiares y jurídicos, entre el hijo adoptivo y sus padres naturales o biológicos.

Hasta tal punto es ello así que el Ministerio de Justicia, por Instrucción de 15 de febrero de 1999 (Dirección General de los Registros y del Notariado), ha ordenado que en el asiento de inscripción en el Registro Civil se haga constar como padres únicamente a los padres adoptivos, sin mención alguna al carácter de “adoptivos”, en plena igualdad con los biológicos; éstos sólo constarán en otro asiento con publicidad restringida. El hijo adoptivo es hijo, como otro cualquiera, de sus nuevos padres.

2. ¿Qué es la adopción internacional?

Es aquella que se realiza en cualquier otro país distinto de España.

3. ¿Cómo se convierte en eficaz en España la adopción internacional?

Por medio de su inscripción en el Registro Civil. Mientras adoptantes y adoptado permanezcan en el país en el que se constituyó la adopción, la inscripción de ésta puede solicitarse del Registro correspondiente del Consulado. Cuando los interesados regresen a España la inscripción ha de solicitarse del Registro Central de Madrid, pudiendo hacerse la petición ante el Registro Civil del domicilio.

4. ¿Cuáles son las normas internacionales aplicables?

Con carácter general, el Convenio de La Haya de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional. Lo que pretende este Convenio es evitar el tráfico de niños y sujetar la adopción a un control administrativo sobre la idoneidad de los padres y del hijo adoptivo.

De este modo, cuando vaya a constituirse la adopción en un país en el que rija el Convenio de La Haya, es imprescindible que los adoptantes se dirijan al órgano competente (de asuntos sociales o protección del menor) de la Comunidad Autónoma de su residencia, para que éste canalice la petición ante la autoridad central del país del adoptado. Seleccionados así adoptantes y adoptado, la adopción ya puede constituirse. Ha de advertirse que el cumplimiento de las

reglas del Convenio de La Haya se acredita por el oportuno certificado de la autoridad central del país del adoptado, que habrá de presentarse en el Registro Civil español. Por lo demás, si se trata de una adopción simple (sin ruptura de los vínculos personales, familiares y jurídicos entre el adoptando y los padres o familia naturales o biológicos), tal adopción no se transforma automáticamente en la adopción plena española.

5. ¿Existen países no adheridos al Convenio de La Haya?

Si la adopción va a constituirse en un país que no sea parte del Convenio, sigue siendo muy conveniente que los interesados se dirijan en España al órgano competente de su Comunidad Autónoma, porque el certificado de idoneidad expedido por ésta es en todo caso imprescindible para lograr la inscripción de la adopción. Evidentemente en estos países la adopción simple tampoco se transforma automáticamente en la adopción plena española.

6. ¿Cuáles son los problemas más frecuentes?

Entre otros son que no se hayan cumplido los trámites del Convenio de La Haya; que la adopción no sea plena y que, aun siendo plena, no se haya obtenido en los países en que no rige el Convenio el certificado de idoneidad de los adoptantes. El hijo adoptivo tendrá entonces dificultades para obtener documentación española: pasaporte, D.N.I., alta en la Seguridad Social.

6.1. ¿Qué ocurre cuando se trata de una adopción simple o un prohibimiento?

En este caso, no existe ruptura del vínculo con la familia biológica y debe transformarse, para ser plena y que se pueda inscribir en el Registro Civil español, a través de un procedimiento judicial específico.

6.2. ¿Qué ocurre si se incumple el Convenio de La Haya?

Aunque la adopción sea plena, mientras no se acompañe el certificado de conformidad al Convenio expedido por la autoridad central del país del adoptado, el hijo no podrá inscribirse en el Registro Civil y obtener, en consecuencia, la correspondiente documentación española.

6.3. ¿Qué ocurre si no se acompaña el certificado de idoneidad?

Mientras no se acompañe este certificado (exigido para adopciones constituidas en país que no forme parte del Convenio), la adopción, aunque sea plena, no es tampoco inscribible.

7. Soluciones.

No obstante la situación anterior, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha arbitrado una serie de soluciones para resolver los problemas prácticos que se les plantean a los padres adoptivos cuando las circunstancias concretas de la adopción no reúnen los requisitos exigidos por nuestra legislación interna.

7.1. Opción a la nacionalidad española.

En todos los supuestos en que conforme a la ley del país del hijo adoptivo se transfiera la patria potestad a los padres adoptivos españoles, se ha admitido la posibilidad de que éstos ejerciten la opción a la nacionalidad española en nombre del hijo adoptivo y, en consecuencia, se haga constar así en el Registro Civil. De esta forma, los padres podrán obtener la documentación correspondiente para sus hijos. Claro está que, no por ello, la adopción simple se transformaría en adopción plena.

7.2. Renuncia a la revocación por los padres adoptivos.

La nueva Ley 18/1999 incluye la previsión de que si la diferencia entre la adopción española y la del país del hijo adoptivo se circunscribe a que ésta le reconoce a los padres adoptivos la facultad de revocar la adopción (es decir, extinguirla por su propia voluntad), los padres adoptivos podrán renunciar a esa adopción ante el encargado del Registro Civil o en documento público, transformándose automáticamente y sin necesidad de procedimiento judicial en adopción plena.

7.3. Certificado de idoneidad.

En el caso de que el certificado de idoneidad no se haya obtenido con anterioridad a la constitución de la adopción, el Ministerio de Justicia ha admitido, a efectos de su inscripción en el Registro Civil, que se pueda obtener con posterioridad.

7.4. Transformación en adopción plena.

En cualquier caso, la adopción simple constituida podrá transformarse, a través de un procedimiento judicial, en adopción plena y, en este supuesto, serán de aplicación todas las disposiciones españolas a esta adopción.

8. Clasificaciones de los distintos países en las Resoluciones del Ministerio de Justicia.

8.1. Países que han suscrito el Convenio de La Haya:

España, México, Rumania, Sri Lanka, Chipre, Polonia, Ecuador, Perú, Costa Rica, Burkina Faso, Filipinas, Canadá, Venezuela, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Andorra, Holanda, Francia, Colombia, Australia, Moldavia, Lituania, Paraguay y Nueva Zelanda.

8.2. Países en los que la adopción es plena:

La doctrina de la Dirección General ha estimado que eran adopciones extranjeras equiparables a la española, la adopción de Senegal (R. 4 de julio de 1994); de Venezuela (R. 11-1^o de marzo de 1997); de China (R. 29 de mayo de 1997 y 9-2^a de junio de 1997); del Estado mejicano de Oaxaca (R. 9-1^a de junio de 1997); del Estado mejicano de San Luis de Potosí (R. 11 de septiembre de 1997); de Nepal (R. 5 de febrero de 1998 y varias posteriores) y de Vietnam (R. 30 de marzo de 1999).

8.3. Países donde existen adopciones simples o pseudoadopciones:

En estas categorías de adopciones simples o de pseudoadopciones entran, según la doctrina de la Dirección General, los casos siguientes: Marruecos (R. 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13-2^a de octubre de 1995, 1 de febrero de 1997 y 4-1^a de junio de 1997); adopción simple paraguaya (R. 24 de junio de 1995 y 1-1^a de septiembre de 1995); adopción salvadoreña anterior al Código de Familia de 1 de octubre de 1994 (R. 1-2^a de septiembre de 1995, 25 de octubre de 1995, 27 de enero de 1996 y 23 de febrero de 1996); adopciones ordinarias, no privilegiadas, dominicanas (R. 12 de julio de 1996, 27 de junio de 1997, 23-2^a de agosto 1997 y 29-1^a de mayo de 1998); adopciones simples mejicanas en el Distrito federal (R. 1, 22 de abril de 1995, 29 de febrero de 1996, 24 de enero y 22 de abril de 1997); adopciones mejicanas en el Estado de Veracruz (R. 14 de octubre de 1997) y adopción guatemalteca (R. 13 de noviembre de 1998).