

PRESENTACIÓN

Poner fin a una convivencia matrimonial implica enfrentarse a una serie de problemas que comienzan cuando hay que regular las consecuencias que dicho cese va a tener en las relaciones personales, patrimoniales y paternofiliales, pero que no se sabe muy bien cuándo pueden terminar. Como personas civilizadas y sensatas podemos sentarnos tras la mesa de un abogado y llegar a unos acuerdos en el reparto de los bienes, en la cantidad que tendrá que entregar el progenitor que abandona la vivienda para que los hijos puedan atender a sus necesidades y en los períodos que los hijos estarán con cada uno de los padres. Si falta esa sensatez y se opta por acudir a un procedimiento contencioso, será el juez quien determine todo lo anterior. Pero en uno y otro caso, como dijimos antes, sólo hemos solucionado uno de los problemas, los siguientes se presentarán cuando se pretenda dar cumplimiento a lo acordado por el juez o a lo pactado por los cónyuges.

Si no se paga la pensión, el camino, aunque largo y costoso, sabemos cuál es: requerimiento, embargo, avalúo de bienes y subasta. Si el cónyuge que tiene que salir del domicilio familiar no abandona la vivienda, bastará un simple escrito para que se proceda a su lanzamiento. Por lo que respecta a la liquidación de la sociedad de gananciales, armados de paciencia y con una buena dosis de optimismo, pensando en los bienes que algún día serán nuestros, tendremos que sobrevivir a un procedimiento de testamentaría y otro posterior de menor cuantía. Pero ¿qué pasa si no podemos ver a los hijos? Vamos leyendo la sentencia por todos los sitios, al funcionario judicial, al agente de policía, al vecino, al compañero de trabajo: ve, todo está muy claro, aquí pone que cada dos fines de semana y la mitad de las vacaciones escolares los niños tienen que venirse conmigo. Al final la solución que nos dan es acudir a un abogado.

Pretendiendo buscar la solución a este problema, navegamos por el Código Civil y por la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no encontramos

nada. Lo más práctico será poner en conocimiento del juzgado el incumplimiento del régimen de visitas para que éste adopte las medidas necesarias para que se cumpla.

El Juzgado, como se suele hacer en estos casos, requiere al progenitor custodio para que dé cumplimiento al régimen de visitas. El progenitor custodio, como también suele ser habitual, contesta al requerimiento diciendo que él no tiene nada que ver en que los niños no quieran irse con el otro progenitor. ¿Cómo arreglamos esto? Parece que lo mejor será dejarse de correspondencia judicial y citar a ambos padres ante el Juez. En el día de la comparecencia el Juez intentará que éstos se olviden de sus problemas personales y que ponga de su parte para que se lleve a efecto el régimen de visitas fijado.

Pero, al cabo de pocas semanas vuelven los problemas cuando se intenta recoger a los menores. Hay que presentar otro nuevo escrito al juzgado para decirle al juez que estamos igual que antes. Nuevo requerimiento, esta vez con el apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, que podrá llevarse a efecto la entrega con asistencia de la fuerza pública, que podrá cambiarse la guarda y custodia... El fin de semana siguiente, pensando que el progenitor custodio se habrá tomado en serio el apercibimiento, se presenta en el domicilio familiar para recoger a los hijos. El panorama es complicado, vemos a los niños asustados y medio llorando.

En este punto, algunos padres cansados de las continuas idas y venidas para recoger a los niños sin éxito, dan la cuestión por finalizada y asumen emocionalmente la pérdida de los hijos. Otros, más aventureros, luchan por el cumplimiento de las visitas. Nuevo requerimiento. Como por el progenitor custodio se insiste en que el problema es que los niños no quieren irse con el otro progenitor, parece que no queda otra opción que los niños sean examinados por el psicólogo del juzgado. Una, dos, tres entrevistas y se comprueba que no existen obstáculos para que pueda darse cumplimiento al régimen de visitas, pero que dado el tiempo que ha transcurrido desde que los niños estuvieron por última vez con el progenitor no custodio, lo mejor será que se fije un régimen de visitas progresivo. Parece que todo va funcionando bien, hasta que otra vez surgen problemas, o con la pernocta o con la tercera persona que vive en compañía del progenitor no custodio. Como el Equipo Técnico del juzgado tiene abierto un expediente, nuevas entrevistas, nuevas recomendaciones de las pautas a seguir... ¿Cómo termina la historia? Cuando los niños

tienen trece o catorce años, ya no quieren estar durante el fin de semana ni con el padre ni con la madre, como todos los niños de su edad quieren pasarlo con sus amigos.

Paradójicamente el otro día se presentó un escrito en el juzgado en el que la madre solicitaba que se requiriese al padre para que sin más excusas recogiese a los niños todos los fines de semana que le corresponden. Lo curioso del caso es que en la sentencia y a petición de la madre se incluyó un pronunciamiento que contemplaba la posibilidad de fijar una compensación económica con cargo al padre por los evidentes perjuicios que le generaba a la madre el hecho que los hijos no pernoctasen con el padre los fines de semana y en la mitad de las vacaciones escolares. El Juez entendió que el incumplimiento por el progenitor no custodio acarrea a la madre una sujeción personal que ha de ser compensada de alguna forma.

Antonio Javier Pérez Martín

INDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias <i>Cayo Casio Longino</i>	23
— Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales <i>T. Pedro Alejándrez Peña</i>	53

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	107
I. Discriminación hijos adoptivos (<i>S. de 22 de marzo de 1999</i>) .	107
TRIBUNAL SUPREMO	113
I. Uniones de hecho	113
1. Liquidación de bienes tras el cese de la convivencia (<i>S. de 23 de julio de 1998</i>)	113
II. Filiación	118
1. Filiación adoptiva	118
1.1. Acción de extinción de la adopción (<i>S. de 18 de junio de 1998</i>)	118

	Página
2. Reclamación de paternidad	121
2.1. Existencia de relaciones sentimentales entre las partes y negativa a someterse a la prueba biológica (<i>S. de 22 de junio de 1998</i>)	121
2.2. Reclamación de filiación paterna (<i>S. de 28 de julio de 1998</i>)	123
3. Impugnación de paternidad	124
3.1. Impugnación de paternidad declarada judicialmente en base a los adelantos científicos (<i>S. de 19 de junio de 1998</i>)	124
III. Regímenes económicos matrimoniales	127
1. Responsabilidad por deudas privativas y gananciales ...	127
1.1. Responsabilidad solidaria de ambos cónyuges (<i>S. de 11 de julio de 1998</i>)	127
1.2. No es necesario demandar a la esposa cuando se reclama contra el esposo el cumplimiento de una deuda contraída exclusivamente por él (<i>S. de 18 de septiembre de 1998</i>)	130
2. Liquidación de la sociedad de gananciales	132
2.1. Calificación de bienes tras la separación de hecho (<i>S. de 6 de julio de 1998</i>)	132
2.2. Liquidación de gananciales. Nuevo examen de la sentencia de instancia realizada por la Audiencia Provincial (<i>S. de 15 de julio de 1998</i>)	134
2.3. Calificación y valoración de bienes (<i>S. de 20 de julio de 1998</i>)	138
IV. Patria potestad	142
1. Responsabilidad civil de los padres por hechos cometidos por los hijos sujetos a patria potestad (<i>S. de 9 de julio de 1998</i>)	142

	Página
V. Sustracción de menores	145
1. Incumplimiento del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores (<i>S. de 22 de junio de 1998</i>)	145
VI. Sucesiones	151
1. Momento en que se perfecciona la donación (<i>S. de 17 de abril de 1998</i>)	151
2. Donación simulada bajo la apariencia de una compraventa (<i>S. de 25 de junio de 1998</i>)	154
3. Nulidad de compraventa por simulación absoluta e inexistencia de donación (<i>S. de 30 de junio de 1998</i>)	159
VII. Incapacidad	163
1. Régimen de la responsabilidad civil de los enajenados tras la comisión del delito (<i>S. de 12 de junio de 1998</i>)	163
2. No procede declarar la incapacidad cuando el trastorno psíquico no le impide gobernarse por sí misma (<i>S. de 28 de julio de 1998</i>)	164
VIII. Penal	167
1. Lesiones causadas por el esposo a la esposa encontrándose en trámites de separación (<i>S. de 3 de julio de 1998</i>) ...	167
2. Competencia para el conocimiento de la denuncia por impago de pensiones (<i>A. de 15 de julio de 1998</i>)	170
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	173
I. Filiación	173
1. Fijación de alimentos a favor del hijo cuya paternidad se determina en la sentencia de reconocimiento de paternidad (<i>S. de 3 de junio de 1998</i>)	173

	Página
II. Uniones de hecho	178
1. No concesión de pensión de viudedad a un conviviente, aun cuando se hubiesen iniciado los trámites para contraer matrimonio (<i>S. de 23 de marzo de 1998</i>)	178
2. No procede conceder pensión de viudedad aun cuando existiese un documento en el que el causante se obligó a contraer matrimonio cuando obtuviese el divorcio (<i>S. de 14 de mayo de 1998</i>)	181
3. No procede conceder a las uniones de hecho la licencia de 15 días que, por contraer matrimonio, estaba prevista en el convenio colectivo de la empresa (<i>S. de 25 de marzo de 1998</i>) .	182
4. No concesión de pensión de viudedad a un conviviente (<i>S. de 31 de marzo de 1998</i>)	185
III. Pensiones de viudedad	186
1. Concurrencia de dos beneficiarias de la pensión. Acreditación de convivencia tras la sentencia de separación (<i>S. de 13 de febrero de 1998</i>)	186
2. Concurrencia de dos beneficiarias de la pensión. No aplicación de la prueba de presunciones (<i>S. de 24 de febrero de 1998</i>)	189
3. Concurrencia de dos beneficiarias de la pensión. Reducción del porcentaje tras acreditar la fecha efectiva del cese de la convivencia (<i>S. de 20 de marzo de 1998</i>)	191
IV. Sucesiones	193
1. Imputación a la legítima de los gastos universitarios de uno de los hijos (<i>S. de 3 de abril de 1998</i>)	193
V. Pensión a favor de familiares	195
1. Pensión a favor de familiares concedida a la madre del hijo fallecido aun cuando existe otra persona con la obligación de prestar alimentos (<i>S. de 25 de marzo de 1998</i>)	195

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	197
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	197
1. Separación	197
1.1. La simple incoación de la demanda es prueba suficiente de la falta de afecto marital y causa suficiente para decretar la separación. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 13 de mayo de 1998</i>	197
1.2. No cabe introducir nuevas causas de separación en el período probatorio. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 24 de junio de 1998</i>	198
1.3. Procede decretar la separación cuando se constata la imposibilidad de llevar a cabo una vida en común, así como una evidente pérdida del afecto marital. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 24 de junio de 1998. ...</i>	199
1.4. Las causas de separación no son tasadas y puede incluirse dentro de las mismas la denominada falta de “afectio maritalis”. <i>AP ALMERIA, Sec. 1.ª, S. de 9 de mayo de 1998</i>	199
2. Divorcio	200
2.1. No procede decretar el divorcio en base a la causa 3.ª a) del art. 86, puesto que a pesar de haberse probado el cese de la convivencia durante dos años, falta acreditar que el mismo fue libremente consentido. <i>AP GERONA, Sec. 2.ª, S. de 17 de marzo de 1998</i>	200
3. Nulidad	201
3.1. Procede decretar la nulidad por falta de consentimiento, cuando el único propósito que llevó a la esposa a contraer matrimonio fue buscar una vía de escape para emprender su vida en otro lugar. <i>AP GUADALAJARA, S. de 26 de junio de 1998</i>	201
3.2. No es causa de nulidad que el esposo, tras el matrimonio, se mostrase distinto y pasase la mayor parte del tiempo fuera de casa. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 29 de junio de 1998</i>	202

	Página
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas . . .	203
1. Patria potestad	203
1.1. No procede privar de la patria potestad al padre, ya que los incumplimientos de los deberes paterno-filiales estuvieron motivados por una falta de entendimiento entre los progenitores. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 27 de abril de 1998</i>	203
2. Guarda y custodia	204
2.1. No es obstáculo para la atribución de la guarda y custodia a la madre la circunstancia de que su jornada laboral sea nocturna o que conviva con una tercera persona. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de mayo de 1998</i>	204
2.2. No es causa para modificar la atribución de la guarda y custodia la circunstancia de la que madre tenga una actividad laboral con horario que le impida comer con sus hijos, o que salga en ocasiones por la noche si los menores quedan al cuidado de un adulto responsable. <i>AP AVILA, S. de 28 de mayo de 1998</i>	207
2.3. No es causa para modificar la atribución de la guarda y custodia la circunstancia de la que madre deje a la hija bajo el cuidado de la abuela materna mientras está trabajando. No obstante es procedente la ampliación de las visitas intersemanales. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 19 de mayo de 1998</i>	207
3. Régimen de visitas	208
3.1. No procede fijar en un procedimiento de separación un régimen de visitas de un hijo que, a pesar de ser mayor de edad, está afectado por una incapacidad que aún no ha sido declarada judicialmente. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 22 de mayo de 1998</i>	208

	Página
III. Vivienda familiar	209
1. La atribución judicial del uso de la vivienda constituye título suficiente para excluir la figura del precario. <i>AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 18 de mayo de 1998</i>	209
2. Procede estimar la acción de desahucio contra la esposa e hijos ocupantes de la vivienda cuyo uso fue adjudicado en un convenio regulador de separación. <i>AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, Sec. 3.ª, S. de 18 de julio de 1998</i>	210
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	211
1. Procede fijar alimentos al hijo cuya filiación paterna consta en el Registro Civil aunque conste un reonomiento expreso de la madre en cuanto a que fue fruto de una relación extramatrimonial. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 23 de mayo de 1998</i>	211
2. Procede aumentar la pensión alimenticia en la misma cuantía que el padre ha venido entregando a la madre con independencia de lo pactado en el convenio regulador. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de mayo de 1998</i>	212
3. Procede fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia cuando el hijo prolonga injustificadamente los estudios universitarios. <i>AP LLEIDA, Sec. 1.ª, S. de 29 de mayo de 1998</i> .	213
4. Procede modificar el índice de actualización fijado —IPC— por el aumento que experimenten los ingresos como funcionario. <i>AP CADIZ, Sec. 4.ª, S. de 25 de marzo de 1998</i> .	214
V. Pensión compensatoria	214
1. No procede fijar pensión compensatoria después de una prolongada separación de hecho. <i>AP LUGO, A. de 8 de julio de 1998</i>	214
2. Procede limitar temporalmente la pensión compensatoria atendidas las circunstancias que concurren en la esposa beneficiaria de la misma. <i>AP ALAVA, Sec. 1.ª, S. de 29 de junio de 1998</i>	215

	Página
3. Si en la anterior sentencia de separación se fijó una pensión alimenticia para la esposa, no existe ningún obstáculo para que, al extinguirse la misma con el divorcio, pueda solicitarse una pensión compensatoria. <i>AP SALAMANCA, S. de 23 de junio de 1998</i>	217
4. No existe disposición legal alguna que prohíba al tribunal limitar temporalmente la pensión compensatoria, circunstancia que está en consonancia con la naturaleza de la institución y con el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos según el art. 7.1 del C.C. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 13 de mayo de 1998</i>	219
5. Si bien la prueba de la convivencia incumbe al actor, demostrado este extremo, ha de ser el que intenta impedir la desaparición de la pensión compensatoria quien pruebe que la misma no es estable o “more uxorio”. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 29 de abril de 1998</i>	221
6. No procede fijar pensión compensatoria en el divorcio cuando en la separación únicamente se contempló una pensión en concepto de contribución a las cargas del matrimonio. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, S. de 6 de abril de 1998</i> .	222
VI. Cuestiones procesales	223
1. La inclusión o exclusión de bienes puede interesarse en juicio declarativo o a través de incidente en ejecución de sentencia, en cuanto lo en él decidido posee también eficacia de cosa juzgada material. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, A. de 9 de marzo de 1998</i>	223
2. No es necesario que el hijo mayor de edad sea demandado en el procedimiento de modificación de medidas en el que se pide la extinción de la pensión alimenticia. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 12 de mayo de 1998</i>	224
3. Existe falta de litisconsorcio pasivo necesario si no se demanda al hijo mayor de edad en el procedimiento de modificación de medidas. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, S. de 20 de noviembre de 1998</i>	226

	Página
4. No cabe ejecutar provisionalmente las medidas que se contienen en la sentencia, debiendo estar vigentes hasta la resolución del recurso las medidas provisionales. <i>AP CORDOBA, Sec. 3.ª, A. de 5 de octubre de 1998</i>	227
5. La condena en costas a que hace referencia el art. 523 de la LEC es aplicable a los procedimientos matrimoniales. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, S. de 20 de noviembre de 1998</i>	227
VII. Ejecución de sentencias	228
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. 1.ª, A. de 22 de junio de 1998</i>	228
2. El incumplimiento de las cláusulas de contenido económico que se incluían en el convenio regulador, generarán los intereses legales desde la fecha de la aprobación judicial. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, A. de 9 de mayo de 1998</i>	229
3. No procede deducir de la pensión alimenticia el importe de las cuotas de comunidad. <i>AP LUGO, Sec. 1.ª, A. de 29 de abril de 1998</i>	230
4. Acreditada la existencia del documento privado suscrito por los cónyuges con posterioridad al convenio regulador y el contenido meramente patrimonial del mismo, procede admitir su validez y eficacia. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, S. de 24 de marzo de 1998</i>	231
VIII. Régimen económico-matrimonial	233
1. Teniendo en cuenta que las litis expensas es una deuda a cargo de la sociedad de gananciales, no procede reclamación alguna después de liquidada la sociedad. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, A. de 23 de marzo de 1998</i>	233
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 AVILA, S. de 13 de abril de 1998</i>	234

	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 AVILA, S. de 13 de abril de 1998</i>	235
IX. Procedimientos de menores	236
1. Si el padre biológico se opone a la constitución del acogimiento la misma debe sustanciarse por los trámites del juicio verbal. No se causa indefensión al padre biológico por no habersele nombrado abogado y procurador del turno de oficio. <i>AP VALENCIA, Sec. 3.ª, A. de 2 de julio de 1998</i>	236
2. La circunstancia de que la declaración de desamparo lleve implícita la suspensión de la patria potestad no impide que los padres biológicos puedan intervenir en el procedimiento de constitución del acogimiento. <i>AP VALENCIA, Sec. 3.ª, A. de 16 de julio de 1998</i>	237
X. Filiación	239
1. El reconocimiento de un hijo no matrimonial efectuado ante el Registro Civil no impide que posteriormente pueda instarse un procedimiento de impugnación de la paternidad. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 1.ª, S. de 25 de marzo de 1998</i> ...	239
XI. Uniones de hecho	240
1. No existe comunidad entre los convivientes, ya que aunque existieron breves períodos de convivencia no se dio en modo alguno un deseo mutuo de fundir los ingresos de ambos para formar un todo común. <i>AP VALENCIA, Sec. 9.ª, S. de 24 de junio de 1998</i>	240
2. Al no haberse pactado cuotas participativas entre los convivientes, corresponderá a cada uno de ellos el 50% del valor del inmueble, si bien, habrá que tener en cuenta las cantidades abonadas por uno sólo de ellos después del cese de la convivencia. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 6 de junio de 1998</i>	241

	Página
XII. Eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas	244
1. Los Tribunales españoles son competentes para conocer de la eficacia civil de una sentencia de nulidad canónica dictada por tribunal eclesiástico extranjero. <i>AP GUIPUZCOA, Sec. 2.ª, S. de 25 de marzo de 1998</i>	244
XIII. Sustracción de menores	244
1. Procede denegar la restitución solicitada, ya que la misma no se apoya en ninguna resolución judicial y además conllevaría un grave riesgo para la salud psicológica y el desarrollo integral del menor. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, A. de 30 de noviembre de 1998</i>	244
XIV. Temas penales	246
1. Para la comisión del delito es necesario que concurra un elemento subjetivo o dolo que permita deducir que el obligado incumple de un modo malicioso, consciente y voluntario con la obligación legal impuesta. <i>AP MURCIA, Sec. 2.ª, S. de 1 de junio de 1998</i>	246
2. Procede condenar por el delito de impago de pensiones al progenitor que no habiendo pagado las pensiones no acredita la concurrencia de nuevos hechos o circunstancias que no fueron tomados en consideración a la hora de fijar la cuantía de la pensión. <i>AP VALENCIA, Sec. 4.ª, S. de 10 de junio de 1998</i>	247
3. No es procedente exigir la previa ejecución civil sin éxito como condición de perseguibilidad o de punibilidad del delito de impago de pensiones, ya que no es un requisito que se establezca en la Ley. <i>AP ASTURIAS, Sec. 3.ª, S. de 12 de junio de 1998</i>	250

INSTRUCCIONES Y RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

I.	Instrucciones	255
II.	Resoluciones	256
	1. Filiación	256
	1.1. El posterior reconocimiento de la filiación paterna no matrimonial no surte ningún efecto frente a la filiación adoptiva. <i>R. de 13 de marzo de 1998</i>	256
	1.2. Si la madre es casada y el nacimiento del menor ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, aun cuando otro varón quiera reconocer su paternidad. <i>R. de 7 de mayo de 1998</i>	258
	2. Matrimonio	260
	2.1. No procede autorizar el matrimonio civil cuando los contrayentes no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para una persona de nacionalidad extranjera. <i>R. de 6 de mayo de 1998</i>	260
	2.2. Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en Santo Domingo entre español y dominicana al ser calificado como matrimonio de complacencia. <i>R. de 22 de junio de 1998</i>	261

	Página
3. Vivienda	264
3.1. No procede la inscripción del mandamiento judicial en el que consta la atribución del uso del domicilio familiar a favor de la esposa, ya que el inmueble figura inscrito a nombre de terceras personas que no fueron parte en el procedimiento. <i>R. de 25 de junio de 1998</i> .	264
4. Regímenes económicos matrimoniales	267
4.1. No procede inscribir como privativo un inmueble adquirido constante el matrimonio por el solo hecho de que se acredite que el adquirente enajenó tiempo atrás un bien privativo. <i>R. de 21 de mayo de 1998</i>	267
5. Sucesiones	273
5.1. Procede denegar la inscripción de una partición realizada por los herederos en la que uno de ellos, además, representa a otro, cuando existe contraposición de intereses no salvada en el poder. <i>R. de 11 de mayo de 1998</i>	273

DERECHO COMPARADO

— El divorcio en Canadá. <i>Antonio Aparicio Hackett</i>	279
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

— Conflicto entre el Derecho Tributario y el Derecho de Familia .	295
— Crítica del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la regulación de la reconversión en los procedimientos de separación y divorcio	300

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil 309
- Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas 310

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 317

ESTUDIOS DOCTRINALES

TABLAS ESTADISTICAS PARA EL CALCULO DE PENSIONES ALIMENTICIAS

“CAYO CASIO LONGINO”

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.**
 - II. APLICACION DE LAS NORMAS DE ALIMENTOS ENTRE
PARIENTES.**
 - III. LA EQUIDAD COMO REGLA PARA EVALUAR LOS ALIMENTOS.**
 - IV. TABLAS ESTADISTICAS**
 - V. APLICACION A ESPAÑA DEL METODO DE CANADA**
 - VI. LA FORMULA DE CALIFORNIA**
 - VII. TABLA ESTADISTICA INFERIDA DE LOS CASOS JURISPRUDENCIA-
LES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.**
 - VIII. CALCULO DE LA PENSION ALIMENTICIA EN EL CASO DE QUE LOS
DOS PADRES PERCIBAN INGRESOS**
 - IX. CONSEJOS PARA EL MANEJO DE LAS TABLAS**
 - X. COMENTARIOS FINALES**
 - 1. Valor orientativo de las tablas
 - 2. Selección de variables
 - 3. Definición de ingresos disponibles.
 - 4. ¿Valores altos o valores bajos?
 - 5. Problemas de proporción y problemas de escala.
 - a) La escala.
 - b) La proporción.
 - 6. Utilidad de las tablas: coherencia y racionalidad.
-

I. INTRODUCCION

En los pleitos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, el Juez, una vez admitida la demanda, debe fijar, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la contribución de cada uno a las cargas del matrimonio⁽¹⁾. Y luego, en la sentencia, también habrá de pronunciarse sobre si mantiene o sustituye dicha medida económica⁽²⁾.

Entre las cargas del matrimonio ocupa un lugar importante la alimentación y educación de los hijos⁽³⁾. Sin embargo la ley no da ninguna regla para determinar los alimentos de los hijos sujetos a patria potestad, salvo la indicación de que se considere como contribución a las cargas “el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad⁽⁴⁾”.

Ello abre un amplio margen de discrecionalidad en la determinación judicial de los alimentos.

Para cerrar esta brecha y auxiliar al Juez en el ejercicio de la facultad discrecional, se ha recurrido a tres vías:

- *Aplicar a los hijos menores las normas sobre alimentos entre parientes*, y en particular el art. 146 del CC, que dice: “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.
- *Remitir a conceptos jurídicos indeterminados*, tales como el *prudente arbitrio judicial*, la ponderación *equitativa* de las circunstancias del caso, etc.,
- *Usar tablas estadísticas*, que es lo que han terminado por hacer algunas de las legislaciones mas progresivas: Escandinavia, Canadá y EE.UU⁽⁵⁾.

Expondremos a continuación sucintamente la problemática y limitaciones de cada uno de estos métodos.

(1) Art. 103,3.º CC.

(2) Art. 91 CC.

(3) Art. 1.362,1.º CC.

(4) Art. 103,3.º CC.

(5) Cfr. “El Divorcio en Canadá” en este mismo número y “El divorcio en Escandinavia” en el n.º 3 de esta Revista.

II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

La obligación de que los parientes próximos se den recíprocamente alimentos incluye a los ascendientes y descendientes⁽⁶⁾. Ello, unido a la alusión que hace el artículo 149 al “alimentista menor de edad”, induce a pensar que los deberes alimenticios inherentes a la patria potestad están embebidos dentro de los alimentos entre parientes regulados en el título VI, libro I del Código Civil.

Sin embargo, el deber de alimentar, educar, y darle una formación integral a los hijos no emancipados, ocupa un lugar especial dentro de los alimentos entre parientes⁽⁷⁾, debido a las siguientes particularidades:

1. *No hay reciprocidad.* Mientras la obligación alimenticia entre parientes es siempre *recíproca*⁽⁸⁾, la que tienen los padres frente a sus hijos menores nunca lo es. El acreedor de alimentos es siempre el hijo menor y los deudores son siempre los padres, cualquiera que sea la posición económica de unos y de otros⁽⁹⁾.

2. *El fundamento legal es distinto.* La de alimentarse los parientes entre sí, tiene su asiento en el art. 143 del CC, que establece la reciprocidad de la obligación. La de alimentar a los hijos no emancipados, la declaran el art. 139 CE y el art. 154,1.º CC, que no establecen reciprocidad.

3. *La obligación de alimentar al menor es incondicional.* La obligación alimenticia entre parientes es, en general, *condicional o relativa*: se deben alimentos en tanto en cuanto puedan darse. La obligación de alimentar a los hijos menores es por el contrario *absoluta e incondicional*. Así se deduce de los artículos 143, 145 y 146 CC, por un lado; y de los arts. 154,1.º CC y 139 CE por otro. Estos últimos imponen la obligación de alimentar, a todos los padres sin distinción: pobres y ricos, con rentas y pensiones o sin ellas, empleados o desempleados.

⁽⁶⁾ Art. 143,2.º CC.

⁽⁷⁾ De forma algo tímida aborda esta singularidad la STS de 5 de noviembre de 1993.

⁽⁸⁾ Así lo proclama el art. 143 CC.

⁽⁹⁾ La patria potestad se ejerce siempre *en beneficio* de los hijos, no de los padres (art. 154 CC). La obligación de los hijos de contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella (art. 155,2 CC), no es propiamente la *recíproca* de la obligación de alimentar a los hijos sujetos a patria potestad que impone el art. 154 del CC. Por otro lado, la aplicación de frutos que autoriza el art. 165 del CC no constituye un derecho de usufructo.

4. *El menor tiene derecho a un mínimo vital.* Una consecuencia de lo anterior es el derecho de todo menor a no morir de inanición, esto es, a recibir un mínimo vital o alimento de subsistencia⁽¹⁰⁾ por muy precaria que sea la situación económica de los padres. Por contraste, la obligación de los padres de darle alimentos a los otros parientes, incluidos los hijos ya emancipados, cesa en el momento en que la fortuna de aquellos se ha reducido al punto de solo poder atender a “sus propias necesidades y las de su familia”⁽¹¹⁾. Tratándose de las necesidades de su familia, es decir de sus hijos menores, no hay excusa; por mucho que se reduzca la fortuna de los padres, éstos siguen teniendo el deber de alimentarlos. Por eso la obligación alimenticia a niveles mínimos hay que declararla siempre. El Juez que exime a los padres del deber de alimentar a sus hijos menores estaría sancionando un desamparo o un abandono de familia⁽¹²⁾.

5. *La declaración de que se tiene la obligación alimenticia es independiente de su efectividad.* Si los padres pueden o no hacer efectiva la obligación alimenticia a sus hijos menores es un problema distinto e independiente al de la existencia de la obligación. La efectividad de la obligación pertenece a la fase de ejecución. Al igual que las obligaciones en general, que, una vez contraídas,

⁽¹⁰⁾ La ley del Menor (LO 1/1996 de 15 de enero), especialmente preocupada por proclamar los *derechos políticos* del menor, ha olvidado mencionar este derecho primordial a ser alimentado bajo cualquier género de circunstancias.

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 152,2.º del CC. Aquí el CC utiliza la palabra “familia” en el sentido de familia nuclear, formada por los padres y por los hijos dependientes. Si se interpretara como referida a la familia extensa (parentesco), el precepto perdería su razón de ser ya que entre los miembros de la familia extensa están todos los que tienen derecho a alimentos (en otros preceptos, como el art. 524 del CC, el legislador parece usar la palabra “familia” en un sentido todavía más amplio, como *cuasifamilia*, que incluye a personas que, aun sin vínculo de parentesco, conviven en el mismo domicilio y son “como de la familia”).

⁽¹²⁾ Puesta la cadena argumental en su orden lógico, habría que distinguir los siguientes eslabones:

- La patria potestad comprende un deber absoluto de alimentar a los hijos mientras sean menores o incapaces (arts. 154 y 171 del CC).
- Incumplir este deber es causa de pérdida total o parcial de la patria potestad (art. 170 del CC).
- En cualquier caso, dejar a los hijos privados de la necesaria asistencia material define una situación fáctica conocida por desamparo, que lleva consigo, al ser declarada por la Administración, la suspensión de la patria potestad (art. 172 del CC).
- El desamparo puede obedecer tanto a que los padres no quieran dar alimentos a sus hijos, como a la *imposibilidad* de que puedan cumplir con esa obligación (art. 172 del CC).

no se extinguen aunque el deudor no pueda pagarlas ⁽¹³⁾, así tampoco la de alimentar a los hijos sujetos a patria potestad no se extingue por insolvencia de los padres. Como se deduce del art. 152,2.º del CC, la extinción o el no nacimiento de la obligación por falta de medios está referida exclusivamente a los parientes distintos de “la propia familia”, que es la formada por los hijos menores de edad. La obligación de alimentar a estos últimos, quizás la más sagrada de la naturaleza y la que vemos que cumplen todos los animales, surge del hecho mismo de haber tenido a los hijos, y sólo se extingue cuando estos se emancipan o adquieren *de facto* independencia económica.

6. *La forma de cumplir la obligación es también diferente.* Cuando el alimentista es *sui iuris*, la prestación se la puede hacer efectiva el deudor pagando la pensión que se fije, o recibéndole y manteniéndole en su propia casa ⁽¹⁴⁾. Pero, tratándose de hijos menores de separados o divorciados, esa elección no es posible, sino que el progenitor encargado de la guarda y custodia, al tener al hijo en su compañía, le da los alimentos en especie; y el no custodio necesariamente ha de pagar en metálico “la pensión que se fije”, sin poder acogerse a la otra modalidad de prestación.

Si la interpretación que acabamos de exponer es acertada, la aplicación del art. 146 al caso de los menores de edad habría que hacerla con las siguientes matizaciones:

- La cuantía de los alimentos a los menores debe ser proporcionada a las necesidades de éstos y al caudal o medios de los padres ⁽¹⁵⁾, pero sin que la imposibilidad de estos para alimentar mínimamente a sus hijos

⁽¹³⁾ El art. 1.156 del CC no menciona la insolvencia del deudor entre las causas de extinción de las obligaciones. La razón es que de las deudas se responde también con los bienes futuros (art. 1.911 del CC). Otra cosa llevaría a una capitidiminución o expulsión del insolvente de la sociedad civil.

⁽¹⁴⁾ Art. 149 del CC.

⁽¹⁵⁾ Con las palabras “caudal” y “medios” ¿está aludiendo el legislador a dos cosas diferentes o son el anverso y el reverso de la misma cosa? Caudal quiere decir bienes, patrimonio; “medios” parece referirse más bien a ingresos. Sin embargo, el valor de un patrimonio resulta de capitalizar sus rendimientos, de modo que caudal y medios vendrían a ser dos maneras de hablar de lo mismo. Comoquiera que en las leyes no cabe suponer que hay palabras inútiles o sobrantes, habrá que interpretar, en nuestro contexto, el binomio “caudal y medios” en el sentido de que, no teniendo los padres ingresos (medios), pero sí capital (caudal), los alimentos a los hijos habrían de fijarse en proporción a los ingresos teóricos o imputados del capital, es decir a los medios que hay que suponerles a los poseedores de caudal (como se hace a efectos tributarios). Alternativamente si por “medios” se entiende “medios de fortuna” —interpretación a la que inclina la redacción

impida que se adopten las medidas contra el desamparo previstas en la ley.

- Si solo uno de los padres está imposibilitado de dar alimentos, la obligación deberá serle declarada de todas formas, a un nivel mínimo. Esta obligación podrá hacerse efectiva, mientras no prescriba, cuando el deudor venga a mejor fortuna, y en todo caso ser tenida en cuenta en la liquidación del régimen conyugal⁽¹⁶⁾.

Llegados a este punto, tenemos ahora que contestar a estas preguntas:

- a) ¿Cuántos y cuáles son los alimentos mínimos de subsistencia o el mínimo vital para los hijos menores?
- b) ¿Qué quiere decir la proporcionalidad de los alimentos con las necesidades de los hijos y el caudal y medios de los padres?
- c) ¿Cuál es la regla de cálculo para evaluar el importe de los alimentos a partir del importe de los ingresos?

La primera pregunta, sobre la cuantía mínima de los alimentos, no puede contestarse de una manera taxativa. Lógicamente variará según el nivel socio económico que tenga cada comunidad y también según el medio, rural o urbano, en que viva la familia. Las estadísticas del INE no dan esta información, por lo que ha parecido prudente empezar las tablas a partir de ingresos mínimos de 120.000 pts. Si los ingresos son inferiores a dicha cantidad, el Juez ha de graduar discrecionalmente la contribución mínima para padres pobres o muy pobres.

La segunda pregunta no es baladí. Decir que los alimentos se calculan en proporción a las necesidades de los hijos y al caudal o medios de los padres es una de esas frases que todo el mundo cree haber entendido pero que en realidad nadie sabe lo que quiere decir.

Sea un matrimonio sin ingresos que ha venido viviendo a base de gastar cada año una parte de la fortuna que la mujer heredó de sus padres. Digamos

del art. 147— entonces ya no hay manera de distinguir “caudal” o “capital” o “patrimonio”, por un lado, y “medios de fortuna” por otro. Desechando pues esta última lectura, la variable estratégica en materia de alimentos deben ser los ingresos disponibles de los padres, ya sean procedentes del trabajo personal, ya del patrimonio, y en este último caso tanto los efectivamente percibidos como los supuestos o imputados.

⁽¹⁶⁾ Art. 1.398,3.º CC, aplicable al caso en que sólo uno de los cónyuges separados o divorciados ha sacado adelante a los hijos sin ayuda del otro, y este último, una vez los hijos fuera de casa, reclama su parte en los gananciales (quizás constituidos fundamentalmente por la vivienda que a duras penas conservó el cónyuge que en solitario hizo frente durante años a todas las cargas familiares).

que lo que queda hoy de esa fortuna es una imposición a plazo fijo de 7.000.000 de pts. Tienen dos hijos menores estudiantes y sin ingresos. El coste de mantenerlos ha venido siendo alrededor de 1.000.000 pts. Los hijos han quedado con su padre. ¿Cuál debe ser la pensión que debe pagar la madre? ¿1.000.000 de pts. al año? ¿Una parte alícuota de 1.000.000 de pts.? ¿Qué parte?

Supongamos que, por algún procedimiento ignorado o por inspiración divina, hemos llegado a la conclusión de que la contribución materna debe ser de 750.000 pts., o sea tres cuartas partes de “las necesidades” de los hijos. Hemos hecho así una asignación proporcional a las “necesidades”. Pero, ¿cómo entra en juego ahora la “proporcionalidad con los medios”? Si el caudal del marido es 0, la proporcionalidad con los medios exige que su contribución sea también 0. Pero entonces, ¿estará contribuyendo el marido en proporción a las “necesidades de sus hijos”?

Un minuto de reflexión nos convencerá de que si lo que el legislador quiere hacer es un reparto de la carga alimenticia proporcionalmente a dos variables distintas, éste es un problema insoluble análogo al que tendría una persona que quisiera seguir de cerca a otras dos que se mueven en distintas direcciones⁽¹⁷⁾.

Creemos que lo que el Código quiere decir, aunque lo diga mal, es que, dadas las necesidades alimenticias de los hijos, ésta será la carga a repartir entre los padres en proporción a sus respectivos caudales y medios. Si las necesidades fueran otras, mayores o menores, la carga alimenticia de los *dos padres* también sería otra proporcionalmente mayor o menor. Éste es un primer sentido en que los alimentos son “proporcionales” a las “necesidades”.

Pero hay una segunda interpretación más de acuerdo con las circunstancias económicas actuales. En un mundo dominado por el consumismo más desenfrenado, donde la publicidad y el afán de emular lo que hace el vecino producen el milagro de convertir cualquier capricho en una necesidad imperiosa, hay que tener cuidado con lo que se toma como “necesidades”. Las necesidades no son siempre un dato; la mayoría de las veces son una variable del problema. Las necesidades son un dato cuando hablamos de lo rigurosamente necesario para cualquiera. Es decir, lo que antes hemos llamado el mínimo vital: darle a los

⁽¹⁷⁾ Un problema análogo al que nos ocupa plantea el art. 1.409 del CC con motivo de la liquidación simultánea de dos o más sociedades de gananciales cuando una misma persona ha estado casada varias veces. Aquí también manda el Código que se haga la distribución “proporcionalmente”, atendiendo al tiempo de duración de los matrimonios y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges. Manresa, al tratar de resolver el problema con papel y lápiz, se dio cuenta de que matemáticamente no tiene solución y propuso que se multiplicasen los caudales por los tiempos respectivos y que se hiciese el reparto en proporción a estos productos cruzados. Es una forma de salir del atolladero pero desde luego no es lo que dice el Código.

hijos “*con que coman, e vistan, e calzen, e un lugar donde moren e todo aquello que es necesario para la vida*”, como expresivamente explican las Partidas. Pero, por encima de este mínimo vital, la espiral de las necesidades sociales puede subir hasta las estrellas. No hay techo para las necesidades convencionales o sociales, como no hay límites a lo que una persona puede desear o enviar.

Si el matrimonio que se está separando o divorciando viene gastando en los hijos, como en el ejemplo anterior, más de lo que pueden (comiéndose, por decir así, la gallina de los huevos de oro), antes de proceder a repartir el valor de estas necesidades convencionales, hay que comprobar si las mismas son “proporcionales” al caudal y a los medios de los padres. *Porque son los ingresos de la familia los que crean las “necesidades” y no al revés.*

En este segundo sentido, interpretamos la proporcionalidad entre pensión alimenticia, necesidades e ingresos (“caudal o medios”) que establece el CC, como queriendo decir lo siguiente. Primero, hay que comprobar si las “necesidades” de los hijos que motivan la petición de una pensión alimenticia son las adecuadas, es decir, si son proporcionales a la fortuna de los padres. Pasado este primer control de proporcionalidad, y una vez redimensionadas las necesidades al alza o a la baja, cuando sea necesario, su carga se reparte en proporción directa a los ingresos de los padres. El resultado final de esta proporcionalidad en dos etapas, será una pensión alimenticia proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, como manda el Código Civil.

Finalmente, abordaremos el tercer interrogante en los epígrafes que siguen a continuación.

III. LA EQUIDAD COMO REGLA PARA EVALUAR LOS ALIMENTOS

El recurso a la equidad, a la discreción del Juez, y en general el empleo de conceptos jurídicos indeterminados para fijar la pensión, es una guía insuficiente para orientarse dentro de la compleja casuística que ofrecen los asuntos de familia. Posiblemente el Juez que sólo atiende, al fijar los alimentos, a lo que le parezca equitativo o prudente en cada caso, no podrá evitar incurrir en contradicciones. Acaso llegue a fijar a lo largo del tiempo contribuciones distintas para los mismos ingresos y el mismo número de hijos; e incluso contribuciones mayores para ingresos menores, *caeteris paribus*. Naturalmente siempre se puede justificar este tipo de contradicciones “suponiendo” que en uno de los casos se han dado circunstancias especiales. Pero el art. 14 CE ya no tolera estas piadosas explicaciones: si un Juez o Tribunal se está apartando en un caso concreto de lo que ha venido siendo su tónica general en materia de fijación de alimentos, debe explicitar los motivos por los que lo hace y decir cuáles son

esas circunstancias especiales que le llevan a desviarse del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Ciertamente, gran parte de estas contradicciones pasan inadvertidas incluso al propio órgano judicial que resuelve, al ser imposible que recuerde en cada momento los numerosos casos de fijación de alimentos que haya decidido. Si quisiera mantener a ultranza la consistencia interna de todas sus resoluciones, siendo éstas numerosas, no tendría más remedio que llevar cuenta y razón exacta de todas ellas, clasificarlas, ordenarlas, y tenerlas a la vista a la hora de dictar una nueva resolución. Pero esto es tanto como fabricarse una tabla estadística *ad hoc*, que le sirva de ayuda en la tarea de cuantificar los alimentos.

IV. TABLAS ESTADÍSTICAS

De aquí que las legislaciones más modernas hayan terminado por aceptar francamente el uso de estadísticas oficiales como medio para uniformar o “baremar” la cuantía de los alimentos.

Ello proporciona las siguientes ventajas:

- Evita pleitos y discusiones inútiles, puesto que las tablas son conocidas tanto por el juez como por los litigantes.
- Unifica los criterios con que son fijados los alimentos por los distintos órganos judiciales, independizando el resultado del litigio de los azares del reparto y de la idiosincrasia del órgano judicial al que se haya turnado el asunto.
- Elimina resoluciones contradictorias o inconsistentes dentro del mismo órgano judicial.

En principio, hay tres clases de estadísticas que pueden servir para fijar la pensión alimenticia.

1. En países como Canadá, la contabilidad nacional y las encuestas de presupuestos familiares informan del coste medio de mantener a los hijos en cada Provincia a distintos niveles de ingresos, o en otras palabras, de la parte de ingresos que la familia típica canadiense destina a alimentos de los hijos, diferenciando naturalmente según el número de hijos. Este *quantum* estadístico será la contribución económica. Para fijar ideas, llamaremos a este procedimiento *el método de Canadá*.

2. En otros estados, como Noruega o California, se ha condensado la información estadística en una fórmula sencilla, con la cual, a partir de los datos de los ingresos disponibles de los padres y del número de hijos, se calculan los alimentos de la misma manera que se calculan los intereses, por medio de una fórmula bien conocida, a partir de los datos de capital rédito y tiempo. Llamaremos a este método *la fórmula de California*.

3. Por último, si no se dispone de datos estadísticos suficientes y fiables, hay que acudir a los datos extraídos de los casos resueltos por la jurisprudencia, e inferir de ellos, por métodos estadísticos, la tabla que mejor se ajuste a esos casos resueltos. Llamaremos al resultado *tabla estadística extraída de la jurisprudencia*.

Veamos a continuación la utilización que puede hacerse en España de cada uno de estos métodos.

IV. APLICACIÓN A ESPAÑA DEL MÉTODO DE CANADÁ

En España las estadísticas que publica el INE no permiten por ahora construir tablas similares a las que se usan en Canadá ⁽¹⁸⁾.

Algunos datos disponibles están obsoletos, pues la última encuesta de presupuestos familiares es del bienio 1990/91.

Las estadísticas han sido diseñadas para un propósito distinto (de investigación de la demanda o gasto doméstico en cada artículo), y no permite analizar la estructura de costes de la familia, concebida ésta como unidad económica donde se desarrolla la importante actividad de criar y educar a los hijos.

Algunos datos no parecen consistentes. Por ejemplo, los gastos totales de las economías domésticas declarados en las encuestas son superiores a los ingresos: lo que a nivel macroeconómico carece de sentido. El diseño de la encuesta responde también a una clasificación que resulta extraña desde el punto de vista jurídico. Por ejemplo, el concepto “alimentos” usado en estadística incluye como componentes fundamentales el tabaco y el alcohol. Los gastos de escolarización se agrupan con los de esparcimiento (espectáculos, aparatos recreativos, plantas, flores, animales de compañía, etc.). Los gastos de vivienda, que debieran tratarse como inversión en activo fijo, van junto con los de calefacción y alumbrado, que son gastos corrientes. El vestido y el calzado se distinguen según sean de caballero o de señora, pero no se permite aislar la partida presupuestaria que por este concepto corresponde a los hijos, etc.

En esencia, las dificultades provienen de que los datos estadísticos han sido concebidos para una finalidad determinada y no son aprovechables para una finalidad distinta. Por otro lado el intento de depurar los datos, excluyendo por ejemplo de los alimentos de los menores el alcohol y el tabaco, o de la “enseñanza y cultura” algunos conceptos de esparcimiento impropios de la “ense-

⁽¹⁸⁾ Sería de desear que el INE diseñara sus encuestas familiares pensando también en cubrir esta laguna informativa, y que elaborase tablas estadísticas indicativas del coste de criar a los hijos en hogares de separados o divorciados, con las lógicas discriminaciones por niveles de ingresos, localización del domicilio familiar, número de hijos, edad y condiciones de estos, etc.

ñanza y cultura”, introduciría recortes arbitrarios en la información estadística, haciéndola poco fiable. Por ello hemos renunciado a esta vía, e intentado en su lugar explorar las posibilidades de adaptar a España la segunda y tercera solución, o sea la llamada *fórmula de California* y la *tabla estadística extraída directamente de la jurisprudencia*.

VI. LA FORMULA DE CALIFORNIA

El Código de Familia de California ofrece una fórmula, cuya esencia consiste en obtener los alimentos como porcentaje (k) de la diferencia de ingresos de los padres.

Este porcentaje k viene determinado estadísticamente, según el nivel de ingresos disponible de la familia, de acuerdo con el siguiente cuadro⁽¹⁹⁾:

Ingresos mensuales (Y)	Valor de k
Hasta 120.000 pts.	$0,2 + Y/2.400.000$
De 120.001 a 1.000.000 de pts.	0,25
De 1.000.001 a 1.500.000 pts.	$0,10 + 150.000/Y$
De 1.500.001 en adelante	$0,12 + 120.000/Y$

Así, si los ingresos mensuales disponibles de la familia fueran, por ejemplo, mayores de 120.000 pts. e inferiores a 1.000.000 de pts., los alimentos para un solo hijo serían $\frac{1}{4}$ de los ingresos totales disponibles.

Pero la fórmula de California no se queda aquí, sino que introduce un refinamiento para tomar en consideración los tiempos de permanencia de los hijos con cada progenitor. Es decir: el régimen de vacaciones.

Con un régimen de vacaciones normal, los hijos permanecerían aproximadamente 30 días al año con el progenitor que no tiene la custodia, y con el otro progenitor las 11/12 partes restantes del año. Si el progenitor o cónyuge custodio es la madre y el no custodio el padre, los ingresos del padre habrían de ponderarse por 11/12 y los de la madre por 1/12, restar ambas cantidades y tomar como pensión alimenticia del padre la cuarta parte de dicha diferencia ponderada.

⁽¹⁹⁾ Ni que decir tiene que la tabla de California está expresada en \$ USA. La conversión a pesetas se ha establecido al tipo convencional de 150 pts. por dólar, a fin de simplificar los cálculos. Los errores derivados de la fluctuación del tipo de cambio son despreciables a los efectos de este trabajo, porque el coeficiente k lo hemos contrastado luego con estadísticas españolas.

La fórmula general de California⁽²⁰⁾ es la siguiente:

$$A = k [(1 - a) Y - a Y']$$

Donde:

Y = ingresos progenitor no custodio.

Y' = ingresos progenitor custodio.

(1 - a) = duración de las vacaciones, expresada también como fracción del año.

a = tiempo que permanecen los hijos con el progenitor custodio, expresado como fracción del año.

k = coeficiente estadístico que indica la parte de ingresos que la familia destina al sostenimiento de un solo hijo.

A = pensión alimenticia que se desea calcular.

Si la fórmula da valor positivo para A, ésta será la contribución que debe pagar el progenitor no custodio. Si da valor negativo, indicará la contribución que debe cobrar el progenitor no custodio.

⁽²⁰⁾ La lógica interna de la fórmula de California se basa en los siguientes supuestos: 1) Que ambos padres deben contribuir al sostenimiento de los hijos con una parte de sus ingresos disponibles; 2) Que la proporción tiene que ser la misma para los dos padres; 3) Que los ingresos relevantes son sólo los disponibles, y de éstos, sólo la parte correspondiente al tiempo en que los hijos no están de vacaciones con el pagador; 4) Que el cónyuge custodio, al tener que darles a los hijos que con él conviven los alimentos en especie, es el verdadero acreedor de la contribución alimenticia del otro; 5) Que, en consecuencia, la contribución alimenticia del otro es el resultado de compensar o restar los ingresos, y multiplicarlos por la proporción estadística que indica el coeficiente k. Vale la pena de señalar que el punto 4 también sería aplicable en nuestro Derecho por el juego de los arts. 1.158 y 1.894 (*a sensu contrario*). Por esta razón discrepamos de los que defienden la legitimación de los hijos menores para ser parte en los pleitos matrimoniales de sus padres, o la necesidad de demandarlos también en los incidentes de modificación, a menos que cuando estos se inicien el hijo haya alcanzado la mayoría de edad y tenga entonces interés legítimo en hacer valer su derecho a percibir alimentos fuera del marco de la patria potestad. Para lo cual habrá de probar que subsisten sus necesidades sin culpa suya y que sus progenitores tienen medios suficientes para socorrerlas. Cfr. arts. 152,5.º y 147 del CC.

La fórmula que hemos dado en el texto ha sido arreglada para facilitar su comprensión. El Código de California la enuncia en realidad en estos términos: $A = k (Y - aY'')$, donde $Y'' = Y + Y'$ son los ingresos totales de la familia. E $Y =$ ingresos del progenitor que más gana.

Las dos expresiones son equivalentes, como se comprueba sustituyendo. Pero en la forma dada en el texto puede verse su fundamento, mientras que el mismo permanece oculto en la versión original de la ley californiana.

Nótese que A será negativa:

Cuando el progenitor no custodio carece de ingresos, en cuyo caso $Y = 0$.

Cuando el progenitor que no tiene la custodia gana menos que el que la tiene y sin embargo los hijos pasan más tiempo con aquél.

En ambos casos parece lógico que el progenitor más rico y que tiene la custodia ayude al otro para que pueda sostener adecuadamente a los hijos durante el tiempo que están con él de vacaciones, puesto que uno de los principios de la ley californiana es que el Menor ha de participar del nivel de vida de *ambos* padres.

El valor de A que se obtiene de la fórmula es la contribución alimenticia para un solo hijo. Cuando hay más de un hijo, se multiplicará A por el factor que corresponda de acuerdo con la siguiente tabla:

N.º de hijos	Multiplicador de los alimentos
1	1
2	1,6
3	2
4	2,3
5	2,5
6	2,625
7	2,75
8	2,813
9	2,844
10	2,86

1. Apreciación crítica de la fórmula de California.

a) La fórmula de California tiene el mérito de su sencillez y de ser de fácil manejo, una vez comprendida la idea central a que responde. Reduce a una sola línea lo que de otra manera serían voluminosas tablas repletas de datos estadísticos, como las que se usan en Canadá. Facilita una orientación útil tanto al juzgador como a las partes, y permite llegar a un grado de concreción que no es alcanzable mediante la remisión a conceptos jurídicos indeterminados.

b) La fórmula-guía (*the guideline*, en la terminología del código californiano) favorece los acuerdos conyugales sobre una base justa y eficiente, mini-

mizando la litigiosidad. El legislador de California advierte que la fórmula-guía ha de tomarse como presuntamente correcta en todos los casos, y sólo en razón de circunstancias excepcionales permite desviarse de ella.

c) Sin embargo, la fórmula de California no es una panacea o receta infalible para todos los casos. El automatismo y la exactitud de una fórmula nunca pueden relevar de la obligación de pensar: sobre todo si se dan circunstancias especiales, como puede ser un hijo minusválido, un niño prodigio, un deportista de elite que antes de la mayoría de edad ya ha acumulado una fabulosa fortuna, etc. En general deben rechazarse los resultados que, aun viniendo sancionados por la fórmula, repugnen al sentido común y a la justicia del caso.

d) A niveles bajos de ingresos la fórmula no funciona a la perfección⁽²¹⁾. Teniendo en cuenta que los ingresos que entran en la fórmula son siempre ingresos *disponibles*, después de deducidos los impuestos y otros conceptos catalogables entre nosotros como de seguridad social, un sueldo neto disponible de, digamos, 100.000 pts. al mes, frecuente en España, sería bajo en California y pertenecería por tanto a la franja inferior donde la fórmula ha de manejarse con cuidado. Tampoco debe olvidarse que la determinación de los verdaderos ingresos disponibles de los cónyuges es un asunto prácticamente resuelto en California⁽²²⁾ y sujeto a muchas dudas en España, al menos cuando se trata de ingresos no reflejados en nóminas o procedentes de economías sumergidas y de negocios explotados directamente por el deudor.

2. Aplicación a España de la fórmula de California.

Para aplicar a España la fórmula, habría que ver primero si los coeficientes estadísticos que entran en ella son consistentes con los datos de nuestra economía.

Por lo que respecta al coeficiente *k*, partimos del “Panel de Hogares de 1994”, último publicado por el INE. En él aparece una renta bruta disponible (RBD) del sector hogares, media por habitante, de 985.299 pts. y un gasto anual medio, per cápita, de 742.452 pts. Ello da una propensión media al consumo de aproximadamente el 75% de la RBD.

⁽²¹⁾ A niveles bajos de ingresos, éstos pierden por definición importancia como variable clave para fijar la pensión. Cuando las rentas son bajas hay que tomar en consideración otros factores. Por eso las tablas se han elaborado a partir de ingresos superiores a 120.000 pts.

⁽²²⁾ En California, como en Canadá, las partes del pleito matrimonial han de cumplimentar un cuestionario exhaustivo que recoge hasta el más mínimo detalle de la economía de cada uno. Mentirle al tribunal o faltar a la verdad en esta especie de declaración jurada puede acarrear consecuencias muy desagradables.

Con este gasto de $\frac{3}{4}$ partes de los ingresos se sostiene el hogar medio español, que en la estadística considerada tiene un tamaño de 3,4 miembros (es decir, los dos padres y *entre* uno y dos hijos). Utilizando la escala de Oxford, que atribuye ponderación 1 al sustentador principal, ponderación 0,7 a los miembros de 14 o más años, y ponderación 0,5 a los menores de 14 años, habrá en el hogar medio 2,6 unidades de consumo, de las cuales los hijos representan 0,9 unidades. Con la propensión al consumo ya calculada, los hijos absorberán aproximadamente $\frac{1}{4}$ de los ingresos ($\frac{3}{4} \times 0,9 : 2,6$).

Este será el valor de k que debe introducirse en la fórmula de California para aplicarla a España. Como se ve, coincide con el valor central de la tabla californiana para el intervalo de ingresos más frecuente, que es el comprendido entre 120.000 pts. y 1.000.000 de pts. al mes.

La escala de multiplicadores en función del número de hijos que contiene la ley californiana no parece en cambio homologable para España.

Utilizando los datos de la “*Encuesta de Presupuestos Familiares de 1990-91*”, publicada por el INE, que contiene el gasto medio por hogar en función del número de miembros de la familia, tomando como hogar base el de tres miembros (o sea la pareja con un solo hijo), hemos obtenido provisionalmente los siguientes multiplicadores de los alimentos en función del número de hijos:

N.º de hijos	Multiplicador de A
1	1 (1)
2	1,3 (1,6)
3	1,5 (2)
4	1,6 (2,3)

A efectos comparativos hemos escrito entre paréntesis el valor de los multiplicadores según la tabla de California.

Rápidamente salta a la vista que el crecimiento del gasto alimenticio en función del número de hijos es más elástico en California que en España. En otras palabras, el dicho de que “donde comen dos comen tres y donde comen tres comen cuatro”, es más verdadero en España que en California⁽²³⁾.

⁽²³⁾ La razón es, posiblemente, la mayor preponderancia de hogares con dificultades en España. Cuando los ingresos son bajos, el gastos doméstico es muy rígido. Los padres no pueden hacer grandes cambios en su hábitos de vida; por ejemplo, no pueden mudarse a un piso más grande cuando nace un nuevo hijo.

Aplicando a España la fórmula de California, con las correcciones analizadas, y suponiendo un régimen de vacaciones de un mes con el progenitor no custodio, hemos elaborado la Tabla n.º 1 que nos da la pensión alimenticia para cada nivel de ingresos escalonándolos de 10.000 en 10.000 pts., suponiendo que uno sólo de los progenitores es el que percibe los ingresos, y distinguiendo según que los padres tengan a su cargo uno, dos, tres, o cuatro hijos.

VII. TABLA ESTADISTICA INFERIDA DE LOS CASOS JURISPRUDENCIALES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Como término alternativo de comparación hemos confeccionado una segunda tabla siguiendo la siguiente metodología.

Se ha seleccionado una muestra de casos resueltos por la Audiencia Provincial de Madrid, relativos a familias que tenían un solo hijo. Se ha formado una tabla indicando los ingresos disponibles que la sentencia atribuía al padre (único cónyuge con ingresos) y la contribución económica que la sentencia le asignó para el sostenimiento del único hijo. Se ha hecho un ajuste mínimo cuadrado⁽²⁴⁾ de esas pensiones alimenticias en función de los ingresos. Una vez obtenida la ecuación de regresión que mejor se ajusta a los datos de la sentencia, se han interpolado y extrapolado valores “en línea” con los casos reales resueltos, dando como resultado la Tabla n.º 2.

El cuadro siguiente muestra la bondad del ajuste:

Ingresos	Pensión sentencia	Pensión teórica
110.000	25.000	25.478
122.000	25.000	28.262
138.000	30.000	31.974
157.000	30.000	36.382
168.000	48.000	38.934
170.000	35.000	39.398
185.000	35.000	42.878
206.463	40.000	47.857

⁽²⁴⁾ Método estadístico que consiste en buscar la recta que mejor se ajusta a los datos reales representados como nube de puntos en un diagrama. Se entiende por “mejor ajuste” la recta que está a la mínima distancia de *todos* los puntos.

Ingresos	Pensión sentencia	Pensión teórica
214.000	45.000	49.606
233.000	50.000	54.014
270.000	70.000	62.598
280.000	65.000	64.918
352.000	75.000	81.622
395.000	90.000	91.598

El coeficiente de correlación entre los valores teóricos (obtenidos de la tabla) y los reales (obtenidos de las sentencias) es del 0,992. Puede apreciarse que el ajuste es bueno comparando a simple vista las dos últimas columnas del cuadro⁽²⁵⁾.

Es reconfortante comprobar que los valores de la Tabla n.º 1 difieren sólo ligeramente de los de la Tabla n.º 2. Utilizar una u otra tabla es una opción hasta cierto punto subjetiva, que dejamos a criterio del lector.

VIII. CALCULO DE LA PENSION ALIMENTICIA EN EL CASO DE QUE LOS DOS PADRES PERCIBAN INGRESOS

Finalmente hemos elaborado una tabla (Tabla n.º 3) con ayuda de la fórmula de California, que permite cuantificar los alimentos de un solo hijo *cuando ambos padres tienen ingresos*, que es el supuesto más difícil.

Si hay más de un hijo, los alimentos de la tabla se multiplicarían por 1,3 (para dos hijos), 1,5 (para tres hijos) y por 1,6 (para cuatro hijos).

El cuadro que sigue es un *test* rudimentario de la bondad del ajuste, y compara los datos teóricos sacados de la Tabla n.º 3 con los datos reales extraídos de casos jurisprudenciales resueltos por la AP de Madrid.

⁽²⁵⁾ Obsérvese que los datos teóricos están bien ordenados: a mayores ingresos siempre corresponde mayor pensión. Los datos reales, en cambio, invierten ocasionalmente la proporcionalidad al fijar algunas veces pensiones más bajas para ingresos más altos.

Ingresos del padre	Ingresos de la madre	Pensión según tabla	Pensión según sentencia
148.000	93.000	21.938	30.000
221.030	85.221	36.117	34.000
520.000	311.000	78.063	65.000

El coeficiente de correlación entre los datos teóricos de la tabla y los de las sentencias es del 0,99. Lo que quiere decir que la correlación es muy buena y por tanto que los datos de la tabla tienen un alto valor orientativo (de la tónica de fijación de pensiones seguida por la AP Madrid cuando los dos padres poseen ingresos).

IX. CONSEJOS PARA EL MANEJO DE LAS TABLAS

El lector que no esté interesado en los detalles del proceso de obtención de las tablas, sino sólo en lo que podríamos llamar el “producto final”, puede limitarse a manejar las tablas n.º 1 o n.º 2 (en el caso de que los ingresos provengan de un solo progenitor) junto con la tabla n.º 3 (para el caso de que ambos progenitores tengan ingresos).

La tabla n.º 2 (y en su caso la n.º 1) contiene el desglose de las pensiones alimenticias para familias de 1, 2, 3 y 4 hijos. La tabla n.º 3, en cambio, no contiene este desglose⁽²⁶⁾, de modo que las pensiones alimenticias allí indicadas están referidas *a un solo hijo*. Si hubiera más de un hijo, los valores de la tabla habrían de multiplicarse por 1,3, 1,5, o 1,6, según que los hijos sean dos, tres o cuatro, respectivamente⁽²⁷⁾.

X. COMENTARIOS FINALES

1. Valor orientativo de las tablas

Las tablas presentadas en este trabajo para calcular la pensión alimenticia tienen un valor simplemente orientativo. No obstante, entendemos que, aun

⁽²⁶⁾ Porque para representarlo hubieramos necesitado crear una tercera dimensión. La tabla cuadrada se habría convertido en un “volumen” o colección de diversas tablas según el número de hijos, con lo que se habría hecho más engorroso su manejo. Y esto es precisamente lo que hemos querido evitar.

⁽²⁷⁾ Sobre familias con más de cuatro hijos no hay datos estadísticos en España. Si se presentan estos casos de familias supernumerosas, como tendríamos que decir ya, puede siempre aplicarse, para tener una idea, los multiplicadores de California, que llegan hasta diez hijos.

limitadas a este papel vicario, pueden ser de gran ayuda para los profesionales que diariamente tienen que decidir (por vía de negociación o en vía jurisdiccional) la pensión que debe fijarse a los hijos, dados unos ingresos determinados de los padres.

2. Selección de variables

Para la confección de las tablas se han seleccionado dos variables estratégicas: a) los ingresos mensuales netos de los padres y b) el número de hijos dependientes.

Las restantes variables se consideran irrelevantes. No porque se desconozca que las circunstancias preteridas pueden llegar a tener gran importancia en casos concretos, sino porque la elaboración de tablas estadísticas exige necesariamente un esfuerzo de simplificación.

Sería fácil argumentar que, además de los ingresos y del número de hijos, pueden influir otros factores en la cuantía de la pensión. Por ejemplo, la edad, el sexo, la aptitud de los hijos para el trabajo y los estudios; la edad y profesión de los padres; la clase de rentas que perciben, si son trabajadores por cuenta ajena, autónomos, empresarios o rentistas; el estado de salud de unos y otros; las obligaciones financieras pendientes; si la vivienda familiar es propia o alquilada, si está pagada o pagándose, etc.

Mil circunstancias caracterizan la economía de la familia separada o divorciada. Pero querer tenerlas todas en cuenta a la vez sería como querer construir un violín de mil cuerdas. El instrumento tendría, teóricamente, gran versatilidad para emitir los sonidos y matices más variados; pero en realidad no serviría de nada, porque se habría convertido en un trasto desmesuradamente grande e imposible de manejar.

Hay, pues, que simplificar. Como en cualquier simplificación, siempre queda algo en el tintero deliberadamente olvidado. Es el precio que hay que pagar por la claridad y por llevar un cierto sentido práctico a la resolución del problema.

No obstante, las dos variables seleccionadas —los ingresos de los padres y el número de hijos— son sin duda las más importantes para fijar la pensión alimenticia. Y, además, son las que se utilizan en todas partes. Concretamente son las que han servido de base para confeccionar tablas estadísticas similares en otros países.

Ello no quiere decir que, en algún caso particular, factores tales como la minusvalía de un hijo, el precario estado de salud de los padres, la situación escolar o laboral de los hijos, etc., no puedan y deban tenerse en cuenta para modular los valores de las tablas.

Pero aun así, estas últimas habrán servido de ayuda en cuanto que suministran la base o punto de partida general a partir de la cual es fácil luego ajustar

los datos a las particularidades del caso, moviendo los valores al alza o a la baja, con criterios de equidad.

3. Definición de ingresos disponibles

De acuerdo con la normativa de California, en los ingresos disponibles (que son las 1/12 de los ingresos anuales brutos deduciéndoles los impuestos y la seguridad social) no se incluyen las ayudas familiares que puedan recibir por los hijos cualquiera de los padres. La misma norma entendemos que debe aplicarse en España.

Los gastos y las necesidades extraordinarias de los hijos no están cubiertas por la pensión señalada en las tablas. Estos gastos extraordinarios se costean por los padres al 50%, salvo acuerdo en contra. Para contraer el gasto ambas partes han debido estar de acuerdo o haber sido aprobado por el juez. La legislación de California contempla como gastos extraordinarios (en paralelismo con la española) los costes educativos o de formación de carácter especial, las necesidades sanitarias no cubiertas por el seguro, los viajes de estudios y los que requiera el régimen de visitas.

Entendemos que los valores de la contribución alimenticia fijados en las tablas no tienen que verse afectados por la pensión compensatoria que tenga que pagar uno de los cónyuges. Es la pensión compensatoria la que debe cuantificarse teniendo en cuenta la pensión alimenticia de los hijos, y no al revés.

4. ¿Valores altos o valores bajos?

En tercer lugar es inevitable, al presentar tablas de este tipo, aun habiéndolas elaborado con el mayor cuidado como creemos que es el caso, que a unos les parezcan altas y a otros bajas. Cualquier pensión que señale la tabla, o que fije el Juez, siempre le parecerá alta al que tiene que pagarla y baja al que tiene que percibirla. No hay forma de determinar una pensión que contente a las dos partes, como tampoco es posible dictar un fallo a gusto de todos los contendientes, o suscribir un convenio regulador del que *las dos partes* no digan que se sienten defraudadas. *Humanum est* ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Nótese que lo que está implicado en este juicio acerca de si las tablas son altas o bajas es lo mismo que antes hemos llamado el primer control de proporcionalidad. Por un lado ¿cuál es, *hic et nunc*, el mínimo vital *que no puede faltarle a los hijos*? Por otro lado, a niveles altos de renta ¿qué parte de las infinitas “necesidades” (léase, caprichos o deseos) de un hijo deben asumir los padres pudientes? Los valores de la tabla son una respuesta.

5. Problemas de proporción y problemas de escala

Pero si queremos enfocar con rigor el problema de si son altas o bajas las pensiones marcadas por las tablas, tendríamos que hacer una distinción entre *la escala y la proporción relativa*.

a) *La escala.*

Se puede disentir de una tabla porque sus valores parezcan, todos ellos, muy bajos o muy altos. Esto es un problema de escala, y se subsana fácilmente cambiando la escala. Por ejemplo, incrementando (o disminuyendo) todos los valores de la tabla en un 10%, en un 15%, o en el porcentaje que se estime adecuado.

Una segunda cuestión de escala, más opinable, es la que se produce al pasar de un hijo a dos, de dos a tres, etc. ¿Por qué la pensión de dos hijos es un 30% mayor que la de un hijo? ¿Por qué multiplicamos por el factor 1,3 y no como en California por el factor 1,6?

La respuesta es sencilla: el factor 1,6 es el que mejor se adapta a las estadísticas de California, y el factor 1,3 el que mejor se adapta a las estadísticas españolas *de que disponemos*. Los escalares podrían variar en presencia de nuevos datos y de nuevos estudios estadísticos, y también podría pensarse en hacer cortes transversales para determinar los escalares que mejor se ajusten a las diferentes Comunidades Autónomas. Pero, que nosotros sepamos, no hay estadística suficiente para realizar tales distinciones.

b) *La proporción.*

Problema distinto de la escala es que no se esté de acuerdo con *las proporciones*. Es decir, que se estime que las pensiones de la tabla no deben crecer al mismo ritmo que los ingresos, sino más deprisa o más despacio, o siguiendo una ley diferente. En definitiva la discrepancia es sólo con *algunos* valores de las tablas.

Aquí puede haber gustos y opiniones de todo tipo. Pero, nuevamente, se impone elegir. Y nuestra elección ha sido mantener una relación constante entre el crecimiento de los ingresos y el crecimiento de las pensiones. Ello quiere decir que, dado un cierto número de hijos (es decir, moviéndonos verticalmente por cualquiera de las columnas de las tablas), a doble ingreso corresponde doble pensión, a triple ingreso triple pensión, y así sucesivamente. En otras palabras puede decirse que las pensiones crecen *pari passu* con los ingresos familiares: ni más deprisa ni más despacio.

Esto, si se quiere, envuelve un juicio de valor (como asimismo habría implicado un juicio de valor en el uso de una progresión creciente o decreciente o de cualquier otra ley o combinación).

Nosotros nos hemos decantado por la proporcionalidad estricta, por ser la hipótesis que generalmente se utiliza y la que adopta el Código Civil ⁽²⁹⁾.

6. Utilidad de las tablas: coherencia y racionalidad.

Una tabla, aun con todas sus limitaciones derivadas de haber hecho una cierta simplificación de la realidad, creemos que constituye una herramienta útil siempre que se tome con el valor orientativo con que se propone y no como *le dernier cri* de la justicia. Es un instrumento útil en el mismo sentido en que es útil disponer de una brújula o de un mapa para saber dónde están los puntos cardinales.

Es frecuente en la práctica profesional que se produzcan discordancias y contrasentidos en materia de pensiones. Esto es inevitable cuando no se dispone de tablas. Por ejemplo, con unos ingresos de 168.000 pts. se señala para un solo hijo 48.000 pts. de pensión; y con ingresos más altos de 170.000 pts. se señala una pensión más baja, de 35.000 pts. (también para un solo hijo). Desigualdades como ésta pasan desapercibidas y son difíciles de detectar dentro del *mare magnum* de la casuística diaria, a menos que haya sido un mismo Abogado el que haya intervenido en los dos asuntos, o que se conozcan los litigantes y relacionen sus casos.

El uso de las tablas evita estas discordancias, *porque sus valores, si la tabla está bien construida, son siempre coherentes*. Aunque el que use la tabla suba o baje los valores, si no está de acuerdo con la escala, la propia coherencia interna de la tabla le impedirá incurrir en contradicciones ⁽³⁰⁾.

Debe señalarse que la función de coherencia es difícil de lograr ⁽³¹⁾ y jurídicamente importante, porque se trata nada menos que de preservar el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

⁽²⁹⁾ Art. 147 del CC.

⁽³⁰⁾ La subida o bajada ha de hacerse en la misma proporción, porque si los valores se suben o bajan arbitrariamente ni que decir tiene que se rompe la coherencia de la tabla.

⁽³¹⁾ A quien dude de lo afirmado en el texto o piense que es retórico, le invitamos a que decida, sin ayuda de la tabla n.º 3 y con las solas luces de su sentido de la equidad, la siguiente cuestión: En cierta ocasión, a un padre que tenía un sueldo de 440.000 pts., mientras que la madre lo tenía de 200.000 pts., se le impuso una pensión de 97.000 pts. para un único hijo. En otra ocasión, en que el padre ganaba 430.000 pts. y la madre 130.000 pts., se le fijó al primero la misma pensión también para un único hijo. ¿Es esto equitativo? Razone su respuesta.

Además de servir para señalar pensiones de forma coherente y con una visión de globalidad, las tablas tienen la ventaja de que invitan a una discusión sistemática de los problemas jurídicos y hasta filosóficos, que se esconden detrás de la aparentemente sencilla tarea de fijar una pensión. Con ellas se evitaría la dispersión de criterios⁽³²⁾ y la quiebra del principio de igualdad de trato a los separados o divorciados.

Por eso, al margen de la acogida que puedan tener las tablas presentadas, pensamos que quizás haya valido la pena remover el asunto y sugerir ideas para evitar uno de los peores escollos que aparecen en los pleitos de familia, y que es que en igualdad de circunstancias haya habido padres (y consiguientemente hijos) que unas veces han salido mejor y otras peor librados de la contribución a las cargas.

Nos daríamos por satisfechos si el lector ha quedado convencido de que para solventar este difícil problema se requiere algo más que la capacidad de *intuir* “la justicia inmanente del caso”, o el ejercicio o la práctica de la “prudencia”, de la “medura”, de la “equidad” y de otras virtudes morales; bastantes quizás para resolver casos aislados, pero insuficientes para discriminar y a la vez mantener la coherencia en una multitud de casos parecidos aunque no iguales. Manejar una masa de datos así y extraerle su contenido informativo exige el empleo de técnicas estadísticas .

Si ese instrumento de información global no son las tablas aquí presentadas, tendrán que ser otras muy parecidas⁽³³⁾.

Si se anima a probar de nuevo el filo de su sentido intuitivo de lo justo y razonable, trate de contestar a esta otra pregunta. El mismo Tribunal que fijó las pensiones anteriores, señala ahora 23.000 pts. al padre de un hijo único que tenía un sueldo de 120.000 pts., mientras la madre, que tenía atribuida la custodia del menor, percibe ingresos de 200.000 pts. ¿Es coherente esta decisión con las anteriores? (Si no puede contestar *razonadamente* a esta pregunta, no tema que se haya embotado su sentido de la equidad: simplemente ocurre que usted no puede resolver *intuitivamente* un problema lógico y matemático que es complejo).

⁽³²⁾ Por no hablar del barullo conceptual existente.

⁽³³⁾ Ya que no es probable que en un futuro inmediato cambien radicalmente ni los datos jurisprudenciales en general, ni los métodos estadísticos.

ANEXO

TABLA N.º 1

Tabla de pensiones según la fórmula de California adaptada a España

INGRESOS	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
120.000	27.500	35.750	41.250	44.000
130.000	29.792	38.729	44.688	47.667
140.000	32.083	41.708	48.125	51.333
150.000	34.375	44.688	51.563	55.000
160.000	36.667	47.667	55.000	58.667
170.000	38.958	50.646	58.438	62.333
180.000	41.250	53.625	61.875	66.000
190.000	43.542	56.604	65.313	69.667
200.000	45.833	59.583	68.750	73.333
210.000	48.125	62.563	72.188	77.000
220.000	50.417	65.542	75.625	80.667
230.000	52.708	68.521	79.063	84.333
240.000	55.000	71.500	82.500	88.000
250.000	57.292	74.479	85.938	91.667
260.000	59.583	77.458	89.375	95.333
270.000	61.875	80.438	92.813	99.000
280.000	64.167	83.417	96.250	102.667
290.000	66.458	86.396	99.688	106.333
300.000	68.750	89.375	103.125	110.000
310.000	71.042	92.354	106.563	113.667
320.000	73.333	95.333	110.000	117.333
330.000	75.625	98.313	113.438	121.000
340.000	77.917	101.292	116.875	124.667
350.000	80.208	104.271	120.313	128.333
360.000	82.500	107.250	123.750	132.000
370.000	84.792	110.229	127.188	135.667
380.000	87.083	113.208	130.625	139.333
390.000	89.375	116.188	134.063	143.000
400.000	91.667	119.167	137.500	146.667
410.000	93.958	122.146	140.938	150.333
420.000	96.250	125.125	144.375	154.000
430.000	98.542	128.104	147.813	157.667
440.000	100.833	131.083	151.250	161.333
450.000	103.125	134.063	154.688	165.000
460.000	105.417	137.042	158.125	168.667
470.000	107.708	140.021	161.563	172.333

ESTUDIOS DOCTRINALES

INGRESOS	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
480.000	110.000	143.000	165.000	176.000
490.000	112.292	145.979	168.438	179.667
500.000	114.583	148.958	171.875	183.333
510.000	116.875	151.938	175.313	187.000
520.000	119.167	154.917	178.750	190.667
530.000	121.458	157.896	182.188	194.333
540.000	123.750	160.875	185.625	198.000
550.000	126.042	163.854	189.063	201.667
560.000	128.333	166.833	192.500	205.333
570.000	130.625	169.813	195.938	209.000
580.000	132.917	172.792	199.375	212.667
590.000	135.208	175.771	202.813	216.333
600.000	137.500	178.750	206.250	220.000
610.000	139.792	181.729	209.688	223.667
620.000	142.083	184.708	213.125	227.333
630.000	144.375	187.688	216.563	231.000
640.000	146.667	190.667	220.000	234.667
650.000	148.958	193.646	223.438	238.333
660.000	151.250	196.625	226.875	242.000
670.000	153.542	199.604	230.313	245.667
680.000	155.833	202.583	233.750	249.333
690.000	158.125	205.563	237.188	253.000
700.000	160.417	208.542	240.625	256.667
710.000	162.708	211.521	244.063	260.333
720.000	165.000	214.500	247.500	264.000
730.000	167.292	217.479	250.938	267.667
740.000	169.583	220.458	254.375	271.333
750.000	171.875	223.438	257.813	275.000
760.000	174.167	226.417	261.250	278.667
770.000	176.458	229.396	264.688	282.333
780.000	178.750	232.375	268.125	286.000
790.000	181.042	235.354	271.563	289.667
800.000	183.333	238.333	275.000	293.333
810.000	185.625	241.313	278.438	297.000
820.000	187.917	244.292	281.875	300.667
830.000	190.208	247.271	285.313	304.333
840.000	192.500	250.250	288.750	308.000
850.000	194.792	253.229	292.188	311.667
860.000	197.083	256.208	295.625	315.333
870.000	199.375	259.188	299.063	319.000
880.000	201.667	262.167	302.500	322.667
890.000	203.958	265.146	305.938	326.333

INGRESOS	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
900.000	206.250	268.125	309.375	330.000
910.000	208.542	271.104	312.813	333.667
920.000	210.833	274.083	316.250	337.333
930.000	213.125	277.063	319.688	341.000
940.000	215.417	280.042	323.125	344.667
950.000	217.708	283.021	326.563	348.333
960.000	220.000	286.000	330.000	352.000
970.000	222.292	288.979	333.438	355.667
980.000	224.583	291.958	336.875	359.333
990.000	226.875	294.938	340.313	363.000
1.000.000	229.167	297.917	343.750	366.667

TABLA N.º 2

Tabla de pensiones obtenida estadísticamente de sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en el año 1998

INGRESOS	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
120.000	27.798	36.137	41.697	44.477
130.000	30.118	39.153	45.177	48.189
140.000	32.438	42.169	48.657	51.901
150.000	34.758	45.185	52.137	55.613
160.000	37.078	48.201	55.617	59.325
170.000	39.398	51.217	59.097	63.037
180.000	41.718	54.233	62.577	66.749
190.000	44.038	57.249	66.057	70.461
200.000	46.358	60.265	69.537	74.173
210.000	48.678	63.281	73.017	77.885
220.000	50.998	66.297	76.497	81.597
230.000	53.318	69.313	79.977	85.309
240.000	55.638	72.329	83.457	89.021
250.000	57.958	75.345	86.937	92.733
260.000	60.278	78.361	90.417	96.445
270.000	62.598	81.377	93.897	100.157
280.000	64.918	84.393	97.377	103.869
290.000	67.238	87.409	100.857	107.581
300.000	69.558	90.425	104.337	111.293
310.000	71.878	93.441	107.817	115.005
320.000	74.198	96.457	111.297	118.717

ESTUDIOS DOCTRINALES

INGRESOS	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
330.000	76.518	99.473	114.777	122.429
340.000	78.838	102.489	118.257	126.141
350.000	81.158	105.505	121.737	129.853
360.000	83.478	108.521	125.217	133.565
370.000	85.798	111.537	128.697	137.277
380.000	88.118	114.553	132.177	140.989
390.000	90.438	117.569	135.657	144.701
400.000	92.758	120.585	139.137	148.413
410.000	95.078	123.601	142.617	152.125
420.000	97.398	126.617	146.097	155.837
430.000	99.718	129.633	149.577	159.549
440.000	102.038	132.649	153.057	163.261
450.000	104.358	135.665	156.537	166.973
460.000	106.678	138.681	160.017	170.685
470.000	108.998	141.697	163.497	174.397
480.000	111.318	144.713	166.977	178.109
490.000	113.638	147.729	170.457	181.821
500.000	115.958	150.745	173.937	185.533
510.000	118.278	153.761	177.417	189.245
520.000	120.598	156.777	180.897	192.957
530.000	122.918	159.793	184.377	196.669
540.000	125.238	162.809	187.857	200.381
550.000	127.558	165.825	191.337	204.093
560.000	129.878	168.841	194.817	207.805
570.000	132.198	171.857	198.297	211.517
580.000	134.518	174.873	201.777	215.229
590.000	136.838	177.889	205.257	218.941
600.000	139.158	180.905	208.737	222.653
610.000	141.478	183.921	212.217	226.365
620.000	143.798	186.937	215.697	230.077
630.000	146.118	189.953	219.177	233.789
640.000	148.438	192.969	222.657	237.501
650.000	150.758	195.985	226.137	241.213
660.000	153.078	199.001	229.617	244.925
670.000	155.398	202.017	233.097	248.637
680.000	157.718	205.033	236.577	252.349
690.000	160.038	208.049	240.057	256.061
700.000	162.358	211.065	243.537	259.773
710.000	164.678	214.081	247.017	263.485
720.000	166.998	217.097	250.497	267.197
730.000	169.318	220.113	253.977	270.909
740.000	171.638	223.129	257.457	274.621

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA

INGRESOS	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
750.000	173.958	226.145	260.937	278.333
760.000	176.278	229.161	264.417	282.045
770.000	178.598	232.177	267.897	285.757
780.000	180.918	235.193	271.377	289.469
790.000	183.238	238.209	274.857	293.181
800.000	185.558	241.225	278.337	296.893
810.000	187.878	244.241	281.817	300.605
820.000	190.198	247.257	285.297	304.317
830.000	192.518	250.273	288.777	308.029
840.000	194.838	253.289	292.257	311.741
850.000	197.158	256.305	295.737	315.453
860.000	199.478	259.321	299.217	319.165
870.000	201.798	262.337	302.697	322.877
880.000	204.118	265.353	306.177	326.589
890.000	206.438	268.369	309.657	330.301
900.000	208.758	271.385	313.137	334.013
910.000	211.078	274.401	316.617	337.725
920.000	213.398	277.417	320.097	341.437
930.000	215.718	280.433	323.577	345.149
940.000	218.038	283.449	327.057	348.861
950.000	220.358	286.465	330.537	352.573
960.000	222.678	289.481	334.017	356.285
970.000	224.998	292.497	337.497	359.997
980.000	227.318	295.513	340.977	363.709
990.000	229.638	298.529	344.457	367.421
1.000.000	231.958	301.545	347.937	371.133

TABLA N.º 3

Tabla de pensiones según la fórmula de California adaptada a España cuando existe un sólo hijo y ambos progenitores perciben ingresos

Ingresos del progenitor custodio									
80	25,833	30,416	35	39,583	44,166	48,75	53,333	57,916	62,5
90	25,625	30,208	34,791	39,375	43,958	48,541	53,125	57,708	62,291
100	25,416	30	34,583	39,166	43,75	48,333	52,916	57,5	62,083
110	25,208	29,791	34,375	38,958	43,541	48,125	52,708	57,291	61,875
120	25	29,583	34,166	38,75	43,333	47,916	52,5	57,083	61,666
130	24,791	29,375	33,958	38,541	43,125	47,708	52,291	56,875	61,458
140	24,583	29,166	33,75	38,333	42,916	47,5	52,083	56,666	61,25
150	24,375	28,958	33,541	38,125	42,708	47,291	51,875	56,458	61,041
160	24,166	28,75	33,333	37,916	42,5	47,083	51,666	56,25	60,833
170	23,958	28,541	33,125	37,708	42,291	46,875	51,458	56,041	60,625
180	23,75	28,333	32,916	37,5	42,083	46,666	51,25	55,833	60,416
190	23,541	28,125	32,708	37,291	41,875	46,458	51,041	55,625	60,208
200	23,333	27,916	32,5	37,083	41,666	46,25	50,833	55,416	60
210	23,125	27,708	32,291	36,875	41,458	46,041	50,625	55,208	59,791
220	22,916	27,5	32,083	36,666	41,25	45,833	50,416	55	59,583
Ingresos del progenitor no custodio	120	140	160	180	200	220	240	260	280

Ingresos del progenitor custodio									
80	67,083	71,666	76,25	80,833	85,416	90	94,583	96,875	99,166
90	66,875	71,458	76,041	80,625	85,208	89,791	94,375	96,666	98,958
100	66,666	71,25	75,833	80,416	85	89,583	94,166	96,458	98,75
110	66,458	71,041	75,625	80,208	84,791	89,375	93,958	96,25	98,541
120	66,25	70,833	75,416	80	84,583	89,166	93,75	96,041	98,333
130	66,041	70,625	75,208	79,791	84,375	88,958	93,541	95,833	98,125
140	65,833	70,416	75	79,583	84,166	88,75	93,333	95,625	97,916
150	65,625	70,208	74,791	79,375	83,958	88,541	93,125	95,416	97,708
160	65,416	70	74,583	79,166	83,75	88,333	92,916	95,208	97,5
170	65,208	69,791	74,375	78,958	83,541	88,125	92,708	95	97,291
180	65	69,583	74,166	78,75	83,333	87,916	92,5	94,791	97,083
190	64,791	69,375	73,958	78,541	83,125	87,708	92,291	94,583	96,875
200	64,583	69,166	73,75	78,333	82,916	87,5	92,083	94,375	96,666
210	64,375	68,958	73,541	78,125	82,708	87,291	91,875	94,166	96,458
220	64,166	68,75	73,333	77,916	82,5	87,083	91,666	93,958	96,25
Ingresos del progenitor no custodio	300	320	340	360	380	400	420	430	440

* En miles de pesetas.

* Los valores de la tabla han sido calculados para un régimen de vacaciones de un mes.

* Los valores de la tabla deben multiplicarse por 1,3 si hay dos hijos; por 1,5 si hay tres hijos y por 1,6 si hay cuatro hijos.

ASPECTOS PROCESALES DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Pedro Alejándrez Peña

Secretario del Juzgado de Familia de Córdoba

SUMARIO

I. INTRODUCCION

II. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION

III. LEGITIMACION

1. Los cónyuges.
 - a) *Liquidación llevada a efecto mediante poder.*
 - b) *Litisconsorcio.*
2. Los herederos.
3. Los acreedores.
4. Intervención del Ministerio Fiscal.

IV. COMPETENCIA

V. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS A SEGUIR

1. Inclusión de la liquidación en el procedimiento de separación o divorcio consensual.
2. Convenio de liquidación conseguido después de la firmeza de la sentencia matrimonial.
3. Procedimiento contencioso de separación, nulidad o divorcio.
4. Liquidación de gananciales practicada por los trámites de la testamentaría.
5. Liquidación de gananciales tramitada directamente por un procedimiento declarativo.

VI. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR MEDIO DEL JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARIA

1. Inicio de la liquidación.
2. El inventario del activo y del pasivo.
 - a) *¿Es preceptivo realizarlo en este momento procesal?*
 - b) *¿Ante quién hay que practicar el inventario?*
 - c) *¿Se realiza en la sede del Juzgado o en el lugar donde se encuentren los bienes?*
 - d) *Normas generales sobre su práctica.*
 - e) *Desacuerdo sobre la naturaleza de los bienes del inventario.*
 - f) *Discrepancias generales en el inventario: Aspecto cuantitativo. Preclusión. Limitación de alegarlo en este momento procesal. Remisión al juicio declarativo.*
 - g) *Supuesto especial en el caso de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, en base al art. 1409 CC.*
 - h) *Intervención de terceros.*
3. Primera junta prevista en el art. 1068 LEC
 - a) *La administración del caudal, su custodia y conservación.*
 - b) *El nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal de la sociedad de gananciales.*
 - c) *El nombramiento de los peritos para el avalúo de bienes.*
4. Actuación de los contadores-partidores y peritos: valoración, liquidación y división. Cuaderno particional u operaciones divisorias.
 - a) *Relación de bienes.*
 - b) *Valoración o avalúo de los bienes.*
 - c) *Liquidación del caudal, división y adjudicación a cada uno de los partícipes.*
5. Traslado del cuaderno particional u operaciones divisorias sin oposición o conformidad de las partes.
6. Traslado del cuaderno particional u operaciones divisorias con oposición de las partes y comparecencia del art. 1086 LEC.

VII. JUICIO ORDINARIO QUE POR LA CUANTIA CORRESPONDA, PREVISTO EN EL ART. 1088 LEC.

VIII. PROCEDIMIENTO PARA LA PARTICIPACION COMPLEMENTARIA

I. INTRODUCCION

Para la liquidación de la sociedad de gananciales son múltiples las vías procesales o procedimientos que podemos encontrar en la práctica forense. Con ellos nos adentramos en un mundo realmente apasionante, pues los caminos procesales son diversos, complejos, bastante complicados, sujetos a actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa, no desarrollados en una norma específica para tal finalidad, y para culminar con este verdadero laberinto procesal, no regulados en toda su integridad en nuestras normas procesales, con remisión, por una parte, a otros procedimientos, y por otra, dando lugar a que los criterios de los distintos órganos judiciales, y también en algunos casos de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, sean los que, incluso de forma distinta, establezcan un determinado procedimiento u otro, o que sea atribuida la competencia a unos Juzgados o a otros. Además se presentan contradictorios criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre gran parte de la materia que examinamos, lo que conlleva que sobre la misma no resulten pacíficas las posturas de los distintos órganos judiciales.

En el libro IV, título III, Sección 5.^a, del Código Civil, bajo la denominación de “la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”, en sus arts. 1392 y siguientes, se entremezclan normas de carácter sustantivo y procesal, siendo la más importante de estas últimas el art. 1410: *“En todo lo no previsto en el Código Civil sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia”*, por lo que se tendrá en cuenta lo señalado en los arts. 1396, siguientes y concordantes, en relación con los arts. 1013 a 1034 respecto del inventario y 1051 y ss. sobre partición, además de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil previstas para el juicio voluntario de testamento, concretamente en los arts. 1059, 1060 y 1063 a 1093.

Pues bien, cuando la sociedad de gananciales se extingue por alguna de las causas legales, hay que proceder a su liquidación, porque, como en todas las hipótesis en que una masa de bienes ha pertenecido en común a varias personas, hay que determinar, de una parte, el activo y el pasivo, y por otra, los derechos de los interesados en la comunidad, a fin de poder repartir las ganancias, en su caso, entre los copartícipes.

Bajo el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen ganancias y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, previas las deducciones y reintegros a cada uno de ellos de los que son bienes de su pertenencia particular, así como de las responsabilidades que fueran imputables al acervo común. O como nos dice Pérez Martín “la liquidación de la sociedad de gananciales es el procedimiento que, previa determinación del activo y pasivo de la sociedad, tiene

como fin proceder al pago de las deudas y a la división y adjudicación a cada cónyuge de las ganancias resultantes”.

Nuestros tribunales (sentencia TS de 15-III-1945) señalan que, en sentido amplio, la liquidación de la sociedad de gananciales tiende a separar del acervo común los bienes privativos de los cónyuges, a pagar las deudas y cargas de la sociedad y a determinar si existen ganancias para distribuir las en su caso entre los partícipes. En otro sentido, más restringido, es esta única finalidad la que constituye la razón fundamental de la liquidación, mediante la cual, por la división y adjudicación del haber partible, si en definitiva existe, se transforma en real e individualizada la cuota de cada interesado que hasta ese momento era sólo ideal o potencial.

II. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION

El procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en cuanto que regulado en nuestro derecho fundamentalmente por remisión a las normas procesales recogidas para el juicio voluntario de testamentaría, debe compartir la misma naturaleza que presenta éste, es decir, siguiendo la doctrina mayoritaria, de jurisdicción voluntaria, no obstante figurar en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la jurisdicción contenciosa, tendencia doctrinal que viene corroborada por los tribunales, puesto que, como nos dice la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, en principio no necesariamente ha de entenderse que exista empeñada cuestión o contienda entre partes conocidas y determinadas. Por ello, entre otras circunstancias, la iniciativa corresponde a los promotores, que en cualquier momento pueden apartarse del procedimiento, darlo por finalizado, pedir su archivo por cualquier causa, incluso por haber llegado a solución extrajudicial. Basta ver lo dispuesto en los arts. 961, 1002, 1047, 1084, 1087 y 1089 de la LEC. Añade asimismo dicha sentencia que aunque el juicio de testamentaría tenga la naturaleza de jurisdicción voluntaria no impide que en él queden resueltas definitivamente las cuestiones hereditarias.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994 se pronuncia sobre esta naturaleza del procedimiento que examinamos, señalando que “...tiene un origen no contencioso sino voluntario...”. En este mismo sentido la SAP de La Coruña de 7 de febrero de 1985 señala “en realidad los llamados juicios universales sucesorios (entre los que se encuadran los de testamentaría y por remisión el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales), a pesar de que la ley de enjuiciamiento civil los encuadre dentro de la jurisdicción contenciosa, son más bien actos de jurisdicción voluntaria y no «pleitos», sin que por tanto quepa hablar propiamente de «sentencia firme» que les ponga fin, de «ejecutoria», de «nuevo fallo», ni de «demandado rebelde»”.

Esta adscripción al ámbito de la jurisdicción voluntaria tiene necesariamente las consecuencias inherentes a tal consideración, con importantes repercusiones en su tratamiento procesal, al menos en aquello que le sea de aplicación al procedimiento que examinamos. Como sabemos, vienen recogidas básicamente en las disposiciones generales señaladas en los arts. 1812 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es de resaltar especialmente la particularidad de ser hábiles todos los días y horas, que tiene su reflejo, por ejemplo, en el cómputo de los plazos respecto a las actuaciones a practicar o en los recursos que puedan interponerse.

No obstante, debemos también dejar señalado que, siguiendo a otro sector doctrinal, su naturaleza es mixta, se configura en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y en la contenciosa. En la primera, por cuanto el órgano judicial está en una postura intermedia o de garantía para el ciudadano, de conveniencia de su intervención, no ostentando facultades de decisión en todos los casos, asumiendo realmente una función de preparación del juicio contencioso, si las partes no llegan a un acuerdo. En la segunda, porque, aparte de su regulación en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entienden que sí se produce una cuestión entre parte conocidas y determinadas, lo que por expresa imposición del art. 1811 y 1817 LEC hace que se aparte de la voluntaria.

Otro sector doctrinal aboga por la consideración de que se trata de un proceso de ejecución, ya que como regla general, se admite fundamentalmente en la fase de ejecución de los procesos de nulidad, separación y divorcio, y concluye con el auto correspondiente, aprobatorio del cuaderno particional, o remitiendo las partes al juicio declarativo correspondiente.

Por último, también podemos calificarlo de proceso declarativo cuando, por ejemplo, se admita éste de forma directa, es decir, sin paso previo por la fase de ejecución siguiendo los trámites de la testamentaria, en los supuestos excepcionales que han sido admitidos por la doctrina y la jurisprudencia (cuando exista disconformidad desde un principio y estén perfectamente delimitados los bienes que formen parte de la sociedad de gananciales.)

III. LEGITIMACION

1. Los cónyuges.

Obviamente cualquiera de los cónyuges tiene plena legitimación para instar la liquidación de la sociedad de gananciales, ya disuelta por alguna de las causas recogidas en nuestro derecho. No obstante, podemos destacar algunas particularidades:

a) *Liquidación llevada a efecto mediante poder.*

Aunque no está expresamente recogida en nuestro derecho la posibilidad de que la separación y el divorcio de mutuo acuerdo puedan efectuarse por poderes, viene admitiéndose por los juzgados que en el supuesto de que alguno de los cónyuges, o incluso ambos, se encuentren fuera del territorio del Juzgado competente para conocer del proceso, especialmente en el extranjero, se otorgue poder notarial especial a favor de una persona, normalmente Procurador, autorizándole expresamente a ratificar el convenio regulador suscrito por los cónyuges.

Si se admite lo anterior y según el mismo criterio, no vemos inconveniente alguno en que, especialmente cuando se lleva a cabo en ejecución de sentencia, también la ratificación del documento donde consta la liquidación de la sociedad de gananciales pueda efectuarse a través del otorgamiento de tal poder notarial especial a favor de una tercera persona, que es la que realmente comparece ante el Juzgado competente para, en nombre del cónyuge, prestar su consentimiento o ratificación al documento donde conste la liquidación.

b) *Litisconsorcio.*

Es evidente que puede y debe producirse el litisconsorcio según lo establecido en el art. 1409 del Código Civil, al decir que siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

2. Los herederos.

Nos señala la Magistrada González Vicente que la legitimación activa la tienen los cónyuges y “sus herederos” y se requiere la plena capacidad de obrar. Esta postura viene siendo defendida por un sector doctrinal, que puede resultar admisible en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.7 de la LEC, que referido al cese del Procurador ordena que en caso de muerte del poderdante, dicho profesional estará obligado a poner el hecho en conocimiento del Juez o Tribunal, tan pronto como llegue a su conocimiento, para que se tenga por terminada su representación, acreditando en forma el fallecimiento; y si no presentare nuevo poder de los herederos o causahabientes del finado, acordará el juez o tribunal que se les cite para que dentro del plazo que les fijará se personen en los autos, bajo apercibimiento de lo que haya lugar. Asimismo este criterio puede basarse en el principio de economía procesal, pues si efectuado un importante número

de trámites en este procedimiento, como puede ser el inventario, nombramiento de contadores, avalúo de los bienes por los peritos, etc., no es aconsejable que tales trámites queden sin eficacia y tengan que volver a repetirse en un posterior procedimiento, teniendo en cuenta que tanto la liquidación de la sociedad de gananciales, como la testamentaria (otra posibilidad), se resuelven exactamente por el mismo complejo, largo y costoso procedimiento.

Sin embargo, otro sector doctrinal estima que no es posible la legitimación de los herederos en el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, puesto que éste es esencialmente entre cónyuges y, si fallece alguno de ellos, aquel procedimiento debe darse por terminado, e iniciarse, a instancia de cualquier heredero o acreedor, el procedimiento de testamentaria, especialmente establecido en la ley procesal para este supuesto, el cual, desde luego, no es del ámbito de la competencia del Juzgado de Familia; por lo que mal puede conocer este órgano judicial de la testamentaria, cuya materia no le ha sido atribuida, y a la que se ha podido llegar, si se aceptara la teoría expuesta en el apartado anterior, por acumulación de un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, del que sí es habitual en la práctica sea de su competencia. Estimamos que procesalmente esta segunda postura es más acertada, sin desechar las importantes razones de economía procesal a que se ha hecho mención en el apartado anterior, pero se podrían obviar si se une en cuerda floja o por testimonio el procedimiento precedente de liquidación de sociedad de gananciales para que pueda serle de aplicación y surtir los efectos procedentes en el nuevo de testamentaria que se incoe por los herederos, evitando así la duplicidad de actuaciones (inventario, valoración, determinación de las deudas, etc.).

3. Los acreedores.

La intervención de éstos en la sociedad de gananciales nos viene legalmente recogida, al señalar el art. 1402 CC que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, conforme determina el art. 1402 CC. Por lo tanto, como señalan los arts. 1082 a 1087 del Código Civil, los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Podrán intervenir en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

En cuanto a la intervención de los acreedores en este procedimiento, la DGRN en Resolución de 16 de febrero de 1987 se ha pronunciado al respecto, señalando que “las reglas de la participación y liquidación de herencia rigen también en la participación y liquidación de gananciales (art. 1410 del CC), y según ellas, para la determinación del lote de bienes que corresponda a cada coheredero —o, por tanto, a marido y mujer en la partición de gananciales—,

no es necesaria la intervención de los acreedores privativos; éstos podrán, si quieren, intervenir a su costa en la partición, para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1083 CC), y oponerse a la división que se haga sin su concurso (arts. 392.2 y 403 CC); ahora bien, si la participación está ya consumada, lo único que les queda es la impugnación en los términos que la ley prevé (art. 403 CC).

4. Intervención del Ministerio Fiscal.

El art. 3, 6.º, del Estatuto enumera entre las funciones del Ministerio Fiscal la de “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil”. No obstante, a pesar de tratarse de procesos con un marcado interés público, el Ministerio Fiscal no es siempre parte en los procesos matrimoniales, sino que su intervención se condiciona a la concurrencia de las circunstancias que recoge la disposición adicional 8.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 en estos términos: “...será parte el Ministerio Fiscal siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes”. Como nos dice Broca Majada, cumplidas tales exigencias, el Ministerio Fiscal es parte en los procedimientos referidos con los mismos poderes o facultades concedidas a las demás partes, aunque, ciertamente, su actuación general responda a un interés público superior.

La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de nulidad, separación y divorcio viene recogida fundamentalmente en las Disposiciones Adicionales 2.ª, 5.ª, 6.ª y 8.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, e igualmente se hace referencia en la Circular de 15 de diciembre de 1986, núm. 3/1986, Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1987.

Concretamente en la fase de ejecución de sentencia, el Ministerio Fiscal debe intervenir emitiendo informe de todas aquellas cuestiones que más directamente puedan afectar a los derechos patrimoniales o personales reconocidos a menores o incapacitados (por ejemplo: satisfacción de alimentos, actualización de pensiones, pensiones atrasadas, cambios transitorios de custodia, cumplimiento del régimen de visitas, salidas al extranjero, sistema de vacaciones, etc.).

No obstante, estimamos muy conveniente e incluso necesario, y así lo venimos aplicando en la práctica diaria, que al Ministerio Fiscal se le notifiquen todas las resoluciones que recaen en ejecución de sentencia, cuando fue parte en la fase declarativa del procedimiento, para su debido conocimiento y, en su caso, para que pueda solicitar en esta fase lo que estime por conveniente en defensa especialmente de los menores, a quienes en general suele afectar, además de los incapaces o ausentes, y por otra parte, pueda promover ante la jurisdicción correspondiente la responsabilidad penal que estime se ha producido en

estos procedimientos, y que pueda realmente ejercitar, teniendo en cuenta la necesidad en algunos casos de la previa denuncia por la persona ofendida.

En lo que aquí nos atañe, es decir, en el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, su intervención no es demasiado amplia, pero sí tiene un claro exponente cuando alguno de los cónyuges sea menor, incapacitado o ausente. Viene amparado no sólo en el precepto antes recogido, sino también en los arts. 1059 y 1060 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previstos para el juicio voluntario de testamento, pero, como sabemos, de aplicación a aquel procedimiento.

Asimismo su propio Estatuto Orgánico regulado en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en el art. 3.7, le encomienda el deber de asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan, y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos. Por lo tanto el cónyuge menor o incapacitado y que no tenga representación legítima, así como el cónyuge ausente que se encuentre en domicilio desconocido o ignorado paradero, es representado en sus intereses y derechos por el Ministerio Fiscal, y es preceptivo llamar a éste para su intervención en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales; sin perjuicio, entendemos, de la llamada del interesado por medio de edictos a publicar en los boletines oficiales cuando se encuentre en ignorado paradero.

Del contenido literal del art. 1059 también se deduce que debe ser citado el Fiscal cuando los que debiendo ser citados en persona por tener domicilio conocido no se hallaren en el lugar del juicio.

El Ministerio Fiscal debe cesar en la representación, como señala el art. 1060 LEC, respecto de los menores e incapacitados, luego que estén habilitados de tutor o curador (sin perjuicio de que continúe interviniendo en el procedimiento, en aplicación de las reglas generales); en cuanto a los ausentes cuyo paradero se ignore, cuando se presenten en el juicio, o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse; y respecto de los ausentes citados en persona, también cuando se presenten o transcurran desde la citación, sin haberse presentado, quince días si residen en la Península y tres meses en otra parte.

La omisión de la citación del Ministerio Fiscal para los actos procesales en que deba intervenir por disposición legal determina la nulidad del proceso desde el momento en que se cometió la falta, pudiendo denunciarse en cualquier momento sin necesidad de trámite especial en cuanto se trata de un defecto que debe corregirse de oficio (arts. 238.3.º y 240.2.º Ley Orgánica del Poder Judicial).

El Ministerio Fiscal en este procedimiento, como en los demás de derecho de familia, puede intervenir en todos sus trámites e incidencias, hasta su conclusión; y por ende asistir, previa citación, a las distintas juntas previstas en el mismo, oponerse a la aprobación del documento de liquidación o cuaderno particional, e instar los actos de ejecución que estime pertinentes.

Además cuando se alega por una parte la situación de ignorado paradero de la contraria, en cuyo caso como hemos indicado interviene el Ministerio Público, su actuación e investigación puede resultar relevante para evitar una posible actuación fraudulenta de alguna de las partes, que en determinadas ocasiones suele producirse en la práctica, y que constituye una maquinación para eliminar la presencia del demandado en el proceso, vulnerándose de esta manera su derecho de defensa.

Por otra parte, por imperativo legal expreso, señalado en el art. 1089 LEC, también será oído el Ministerio Fiscal cuando el avalúo de la operación divisoria que se discuta fuere impugnado por cohecho o inteligencias fraudulentas entre el perito dirimente y alguno o algunos de los interesados para aumentar o disminuir el valor de cualesquiera bienes.

IV. COMPETENCIA

Es en esta cuestión donde empezamos ya a mantener las grandes discrepancias en la doctrina, jurisprudencia y por ende en los criterios que en la práctica se aplican en los distintos órganos judiciales, y que mínimamente hemos apuntado en otros apartados. Se trata de una materia compleja, que vamos a sintetizar en lo posible. La cuestión que surge es si son competentes los juzgados de primera instancia, con funciones exclusivas en materia de familia, o los juzgados de primera instancia comunes.

Desde un principio vamos a decantarnos por la tesis afirmativa, es decir, aun conociendo que no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni siquiera en los órganos de gobierno de los tribunales, estimamos que los juzgados de familia no son los competentes para conocer del procedimiento contencioso de liquidación de sociedad de gananciales, y por lo tanto, obviamente, entendemos corresponde en un principio a los juzgados de primera instancia comunes.

Nos basamos fundamentalmente en que el Real Decreto de 3 de julio de 1981, núm. 1322/81, que crea los denominados Juzgados de Familia, establece expresamente que “Los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV (Del matrimonio, arts. 42 a 107) y VII (De las relaciones paternofiliales, arts. 154 a 180) del C. civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia, les sean atribuidas por las Leyes”.

La disolución de la sociedad de gananciales es claramente un efecto de la nulidad, separación y divorcio, y por ministerio de la ley debe aplicarse, y así se recoge normalmente en las resoluciones judiciales que ponen término a dichos procedimientos, pero no implica que su liquidación forme parte también del mismo proceso, por lo que si el Real Decreto mencionado no le otorga tal competencia, pues la regulación en el Código Civil de la liquidación de la sociedad de gananciales no está encuadrada ni en el título IV ni en el VII, parece claro que no pueden asumir los Juzgados de Familia estas competencias.

No obstante, hay que admitir que las soluciones que se han recogido no son coincidentes, ni la ley puede considerarse clara y terminante al respecto, pero, sin embargo, esta es la idea general y que se viene aplicando en la práctica, aunque también es común el que por vía de normas de reparto, debidamente aprobadas por el Tribunal Superior de Justicia, se atribuyan estas competencias en exclusiva a los repetidos Juzgados de Familia, cuando la liquidación procede de procesos matrimoniales. Así ocurre, por ejemplo, en la ciudad de Córdoba, donde en un principio se le atribuyeron, por la vía mencionada de reparto, funciones en el ámbito de los internamientos involuntarios en unidades psiquiátricas, siendo sin embargo posteriormente sustituidas por la llevanza de los procedimientos de liquidación de sociedad de gananciales.

En otras capitales de Andalucía, como Sevilla, Málaga y Granada, que también cuentan con Juzgados de Familia, o bien se sigue el mismo criterio de atribución a éstos de su competencia, como en Córdoba, o bien un sistema mixto, pues en principio se conoce el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales en el Juzgado de Familia, pero en caso de no concluirse con acuerdo, y sea preciso el juicio declarativo que corresponda por su cuantía, este procedimiento pasan a conocerlo los Juzgados de Primera Instancia comunes. En Valencia se han seguido ante los Juzgados de Primera Instancia comunes. En Bilbao, en la actualidad, se conoce ante los Juzgados de Familia, tras consulta elevada por éstos al Consejo General del Poder Judicial. Igualmente, en los Juzgados de Madrid, en el año 1987, se acordó que estos asuntos fueran repartidos a los Juzgados de Primera Instancia comunes, aunque, posteriormente, en 1992, se estableció que los Juzgados de Familia serían los competentes para el conocimiento de las demandas de liquidación de la sociedad de gananciales, sea contenciosa o no, cuando la disolución de la sociedad se haya producido por sentencia firme de separación, divorcio o nulidad, por ellos dictada.

Debemos hacer un resumen de la doctrina emanada de distintos tribunales, que desde luego no podemos calificar de pacífica, cuando, a mayor abundamiento, además suelen variar los criterios a lo largo del tiempo.

Efectivamente, por un lado, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao, en sentencia de 23 de octubre de 1989, entiende que la liquidación de la sociedad de gananciales puede realizarse en el juicio ordinario de menor cuantía, otorgando la competencia al juzgado de primera instancia correspon-

diente, sin que obligatoriamente le corresponda al juzgado de familia. En los razonamientos jurídicos de la sentencia se recoge perfectamente un resumen de la problemática que presenta esta materia, destacándose lo siguiente:

“El recurrente solicitó en la fase de ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento de separación conyugal, la liquidación de la sociedad de gananciales, pretensión que fue rechazada por el Juzgado que remitió a la parte al correspondiente juicio declarativo. Interpuesto juicio declarativo de menor cuantía instando la liquidación de la sociedad de gananciales y formulada demanda reconvenzional por la contraparte, en la que asimismo se interesaba la liquidación de la sociedad, se dictó resolución en la que se rechaza la pretensión ejercitada por entender que la vía procesal elegida no es la adecuada. El Juzgador de instancia entiende que constituyendo la liquidación de la sociedad de gananciales un efecto inherente al de la separación (artículo 95 del Código Civil), se trata de una mera incidencia del proceso anterior de separación conyugal, y atribuido el conocimiento de tales incidencias al órgano jurisdiccional que ha resuelto los autos principales (artículo 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), le está vedado entrar a pronunciarse sobre la liquidación interesada, por existir una causa de inadmisión de la demanda: no ser el proveyente competente para el conocimiento de los autos; y en segundo lugar, porque existe, en cualquier caso, una infracción de las normas de procedimiento previstas para la cuestión (artículo 1410 del Código Civil, en relación con los artículos 1054 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) [...] Si se aceptara la interpretación que realiza el Juzgado de instancia respecto a las normas procedimentales que estima aplicables al supuesto de autos, y con ello la solución en que desemboca la sentencia recurrida, el resultado final sería que la parte se vería privada de la posibilidad de obtener una resolución judicial que se pronunciara sobre el fondo del asunto sometido a examen, lo que en definitiva se traduce en una vulneración del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. Efectivamente, las normas sobre competencia por ser materia de orden público, son de obligado cumplimiento, sustraídas al principio dispositivo. Sin embargo la cuestión no ha de plantearse en estrictos términos de competencia, sino de examinar, en primer término, si el cauce procesal elegido por la parte —más que de elección quizás sería mejor hablar en el caso de impuesto a la parte— para dilucidar su derecho es adecuado, partiendo de que es la disolución de la sociedad de gananciales lo que se produce como efecto de pleno derecho al decretarse judicialmente la separación de los cónyuges (artículos 95 y 1392.3 del Código Civil).”

Entre las partes existía una real y fundada controversia sobre la propiedad de determinados bienes [...] Es cierto que la cuestión plan-

teada puede surgir como incidental y accesoria del anterior pleito de separación conyugal, atribuyéndose entonces la competencia según la regla del artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que en todo lo no previsto en los artículos 1392 y siguientes del Código Civil, el artículo 1410 remite a las normas procedimentales establecidas para la partición, pero ello no implica que la cuestión incidental sea el único medio hábil para conseguir la liquidación de la sociedad, y que sea un medio hábil dependerá de en qué medidas sean respetados en su tramitación los principios de contradicción, defensa y bilateralidad, ni que la remisión a las normas procedimentales expresadas suponga algún obstáculo para que previamente se resuelva la controversia relativa al patrimonio de la sociedad conyugal en el juicio declarativo ordinario, y que una vez concretado en el juicio declarativo el activo y el pasivo de la sociedad, partición y adjudicación se acomoden en lo no previsto a los trámites establecidos para la partición y liquidación de la herencia.

No se comparte, por tanto, el criterio del juzgador en orden a estimar concurrente un supuesto de incompetencia de jurisdicción. Establecido que la vía ordinaria del juicio declarativo de menor cuantía es procesalmente adecuada para dilucidar en su seno la cuestión planteada, el juzgador de instancia era el competente, objetiva, funcional y territorialmente; y ésta es la única interpretación. el que garantiza la efectividad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional en el supuesto de autos. Pero además, en cualquier caso, el principio de conservación de los actos procesales (artículos 243 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la economía procesal conducirían a entender absurda la remisión a otro procedimiento para discutir nuevamente lo ya debatido y probado, máxime cuando el juzgado ha dejado seguir el curso del proceso hasta la fase decisoria para apreciar en ese momento la concurrencia de la causa de inadmisión, que si entendía concurrente, podía haber planteado a los litigantes en el trámite de comparecencia (artículos 691 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).”

La más importante, a nuestro juicio y siguiendo el criterio aquí sentado, son las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 1993 y 2 de junio de 1994, que establecen claramente que los juzgados de familia no pueden conocer de otras materias que las explicitadas en la ley, ya que las normas que definen su competencia son imperativas e indisponibles, y en su consecuencia, no les corresponde conocer de conflictos sobre integración de bienes gananciales correspondientes a matrimonios disueltos. En la segunda de ellas podemos extraer los siguientes razonamientos jurídicos:

“El motivo tercero junto al cuarto, subsidiario del anterior, han de ser estudiados en primer lugar para una más adecuada ordenación casacional. Contienen denuncia, al amparo de los números 1.º y 2.º del artículo procesal 1692, sobre la competencia del juzgado de familia de Murcia y juzgados ordinarios y procedimiento a seguir, por infracción de los arts. 91, 95 y 103 del Código Civil y 14 y 24 de la Constitución.

Los juzgados de familia tienen una competencia objetiva perfectamente delimitada pues es exclusiva y excluyente en cuanto se les atribuye por disposición expresa legal el conocimiento de las cuestiones comprendidas en el título IV del libro I del Código Civil y aquellos otros que en materia de derecho de familia le sean otorgadas legalmente [...] No pueden conocer dichos juzgados de otras materias que las explicitadas [...] Excluidas del recurso las cuestiones dichas, no ocurre lo mismo respecto a las peticiones suplicadas 2.ª y 3.ª, que la Sala de instancia reputó no ser de su competencia, toda vez que las mismas se refieren básicamente a un conflicto sobre integración de bienes gananciales, correspondientes al matrimonio que en su día unió y relacionó a los litigantes. Esta problemática es la que conforma el debate, en razón a reiterada doctrina jurisprudencial que autoriza a conocer las acciones cuya competencia procede y en el actual estado procedimental de casación, ya que el artículo 95 del Código Civil, en cuanto dispone que la sentencia firme producirá, respecto a los bienes del matrimonio, la disolución del régimen matrimonial, representa una declaración genérica insuficiente para atribuir la competencia en estas cuestiones a los Juzgados de Familia, pues sus consecuencias y efectividad no están previstas en el Título IV del Libro I del Código Civil y resultan materia competencial de los Juzgadores ordinarios, al no constituir cuestiones especializadas, en las que predominan las relaciones personales y familiares propias del estado matrimonial, sino derivadas del mismo, toda vez que afectan al régimen económico patrimonial y a la sociedad ganancial por la que se rigieron los esposos contendientes.”

La Sentencia de 4 de enero de 1996 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid y el Auto del mismo Juzgado de 6 de marzo de 1996 adoptan la tesis de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994, con base a que la competencia de los Juzgados de Familia está determinada por lo dispuesto en el Real Decreto 1322/81, de 3 de julio, cuyo artículo 1.º, apartado 2.º, establece que conocerán de forma exclusiva de las acciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro 1 del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de Familia les sean atribuidas por las leyes, por lo que la competencia para decidir sobre la resolución de un pleito relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales, que se regula en el Libro IV del Código Civil, no está atribuida a los Juzgados

de Familia por Ley, de tal modo que las normas de reparto no constituyen disposición legal a los efectos de determinar competencia alguna, debiendo primar la legalidad vigente sobre cualquier disposición interna de carácter gubernativo.

En cambio, otras Audiencias, como la de Palma de Mallorca en su sentencia de 13 de junio de 1986, son partidarias de atribuir la competencia exclusiva de las liquidaciones a los juzgados de familia con base en lo siguiente:

“1.º La Disposición Adicional tercera de la Ley de 7 de julio de 1981 señala que la competencia para conocer de las causas matrimoniales se atribuye a los jueces de primera instancia: no obstante la disposición final de la misma establece que una vez creados los Juzgados de Familia asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de primera Instancia, creación que fue prevista por la Disposición final de la Ley de 13 de mayo de 1981 denominándose Juzgados de Primera Instancia para el conocimiento de actuaciones judiciales previstas en el título VII del Libro 1.º del Código Civil; [...] así, pues, estos Juzgados de Primera Instancia, bajo la denominación de Juzgados de Familia están integrados en la jurisdicción ordinaria y son los competentes en el ámbito de sus respectivos Partidos Judiciales para conocer de los asuntos jurisdiccionales atribuidos por la Ley de 8 de julio de 1981 a los Juzgados de Primera Instancia, y de las actuaciones judiciales previstas en el título VII del Libro 1.º del Código Civil, conforme dispone la Ley de 13 de mayo de 1981; 2.º) El Real Decreto de 2 de julio de 1981 crea diversos Juzgados de Familia y señala en su artículo 1, párrafo 2, que estos Juzgados conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro 1.º del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que, en materia de Derecho de Familia, les sean atribuidas por las leyes. 3.º) El artículo 91 del Código Civil establece que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna; disponiendo a su vez el artículo 95 del mismo Cuerpo Legal en su párrafo 1.º que la sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial; y 4.º) la Ley de Enjuiciamiento Civil señala en su artículo 55 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 que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a cabo las providencias y autos que dictasen, y para la ejecución de la sentencia.”

Estas mismas divergencias se aprecian ampliamente en nuestra doctrina científica, lo que nos permite concluir, como iniciamos esta exposición sobre la competencia, diciendo que estimamos que el Juzgado de Familia no tiene, por ministerio de la ley, la competencia para conocer de los procedimientos de liquidación de sociedad de gananciales, aunque por vía de reparto se otorgue la competencia a un Juzgado de Primera Instancia concreto, en este caso de Familia, como puede suceder en otras materias (juicios ejecutivos, hipotecarios, de ejecución, etc.).

V. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS A SEGUIR

Ya adelantábamos que no nos encontramos con un solo procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, sino que, haciendo abstracción por supuesto de las distintas vías privadas de realización como pueden ser la del procedimiento notarial a través de capitulaciones matrimoniales o, tras la disolución del matrimonio, en otorgamiento de escritura pública, en las que obviamente no vamos a entrar, en todo caso son varios los tipos dentro del ámbito judicial que se pueden presentar:

1. Inclusión de la liquidación en el procedimiento de separación o divorcio consensual.

Integrada en el convenio regulador de la separación o el divorcio o formando parte de él como un anexo, puede liquidarse la sociedad de gananciales. De esta forma, por consenso, se detallan las distintas partidas del activo y pasivo, y se efectúa la partición y adjudicación a cada uno de los cónyuges.

Presentada la demanda, el paso siguiente será la ratificación por separado de cada cónyuge en el convenio regulador y liquidación de sociedad de gananciales, que posteriormente, si procede conforme a los términos generales y, previos sus trámites de admisión, audiencia de los hijos menores en su caso e informe del Ministerio Fiscal, se aprueba en sentencia, haciéndose mención expresa en su fallo. Declarada su firmeza y a petición de parte, el Secretario Judicial expedirá testimonio literal del convenio, liquidación y sentencia, con expresión de su firmeza. Este testimonio, que no precisa del visto bueno del juez o magistrado como ocurre en el procedimiento de apremio y procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria, es título suficiente para inscribir los bienes inmuebles adjudicados a cada cónyuge en el Registro de la Propiedad.

2. Convenio de liquidación conseguido después de la firmeza de la sentencia matrimonial.

Una vez concluido el proceso de separación, divorcio o nulidad, tanto haya sido consensual o contencioso, las partes pueden presentar un escrito acompañando la liquidación pactada de la sociedad de gananciales. Una vez que se ratifican los cónyuges en la liquidación, el órgano judicial dicta auto aprobando en su caso la misma.

Como en el supuesto anterior, el testimonio literal de la sentencia, de la liquidación practicada por las partes y del Auto judicial aprobatorio, es título suficiente para acceder al Registro de la Propiedad e inscribir los bienes inmuebles adjudicados a cada uno de aquéllos.

3. Procedimiento contencioso de separación, nulidad o divorcio.

Es prácticamente unánime la doctrina al señalar que no es admisible llevar a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales en la misma sentencia contenciosa en que se decreta la nulidad, separación o divorcio. Sólo es factible cuando exista conformidad de las partes en la liquidación, al formular la demanda y la respectiva contestación.

El punto de partida siempre es el pronunciamiento que hace el art. 91 del CC, al establecer que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con la liquidación del régimen económico y las cauteles o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si no se hubiera adoptado ninguna.

La doctrina nos facilita varios argumentos para desvirtuar la posibilidad de que se practique la liquidación en esta sentencia, a pesar del precepto legal indicado, pues, en resumen, es de resaltar fundamentalmente a nuestro entender que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial, y eso es así por imperativo legal establecido en el art. 95 del Código Civil, pero existe una clara contradicción, dado que mal se puede liquidar una sociedad de gananciales durante la tramitación de la nulidad, separación o divorcio, cuando no se conoce aún la sentencia que va a recaer, y desde luego no se ha producido todavía su disolución, ya que ésta sólo se produce con la sentencia firme.

A mayor abundamiento, los problemas prácticos y perjuicios que, de admitirse, pueden presentarse, aconsejan indudablemente su inadmisión. El procedimiento que en su caso debe seguirse, desde luego, no es mínimamente adecuado, y como ejemplo, valga el supuesto de que si se insta la liquidación, y la parte demandada se opondrá, e incluso se formula reconvencción en alguna de las

pretensiones, este trámite reconvenional no está permitido en los procesos matrimoniales, como nos señala la Disposición Adicional 5.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su apartado e), pues no se admitirá reconvenión que no estuviera fundada en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación, divorcio o nulidad por causa prevista en los apartados 2 y 3 del art. 73 CC. El cauce procesal de los asuntos matrimoniales y los necesarios para una liquidación contenciosa del régimen económico matrimonial, sus pretensiones, actuaciones y medios de prueba, parece que hacen inviables su realización conjunta y simultánea en el mismo proceso.

Todo ello sin perjuicio de que, obviamente, puedan acordarse las medidas que, solicitadas por las partes, estime pertinentes el Juez en relación con el régimen económico matrimonial, en base y dentro del ámbito establecido en el art. 103 CC.

Además, por otra parte, como hemos señalado anteriormente, no hay obstáculo alguno en que, si la actora pide en su demanda la liquidación de la sociedad de gananciales, con todos los requisitos inherentes, y la parte demandada muestra su conformidad con la misma, en la contestación a la demanda, el Juez, en sentencia, proceda en su caso a su aprobación otorgándole todos los efectos inherentes; pues el art. 91 CC se refiere a la posibilidad de que no haya acuerdo entre las partes.

4. Liquidación de gananciales practicada por los trámites de la testamentaría.

Después de la firmeza de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, que lleva implícita la disolución de la sociedad de gananciales, se puede seguir el procedimiento contencioso de liquidación por los trámites del juicio voluntario de testamentaría. En los apartados siguientes analizaremos detalladamente todas las cuestiones procesales que pueden presentarse en el mismo.

5. Liquidación de gananciales tramitada directamente por un procedimiento declarativo.

Como principio y en términos generales podemos afirmar que tanto el Tribunal Supremo como la mayoría de las Audiencias no admiten este juicio declarativo directo, sin el paso previo por el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales por los trámites de la testamentaría, en base a lo establecido en el art. 1410 del Código Civil (entre otras sentencias de las Audiencias de Oviedo de 11 de enero de 1988; Valencia, de 27 de junio de 1988; de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 1990).

No obstante, también es una realidad que nuestros tribunales vienen admitiendo excepcionalmente este juicio directo cuando desde el inicio ya exista

constancia clara y plena de las discrepancias entre las partes para la determinación de los bienes y derechos que vayan a componer el activo y pasivo de la sociedad de gananciales.

Por otra parte, una vez obtenida sentencia firme en este juicio, determinándose el activo y pasivo, las operaciones divisorias se harán en ejecución de sentencia, siguiendo los trámites que le resulten adecuados del juicio de testamentaría. En este sentido las sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia de 9 de julio de 1992, y de Córdoba de 23 de octubre de 1992.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de 20 de junio de 1987, 14 de julio de 1994 y 14 de marzo de 1997, mantiene claramente este criterio. La primera sentencia citada nos dice que “aunque es cierto que los litigantes pudieron acudir para todo lo no previsto en los arts. 1392 y ss. del CC [...] a lo establecido para la liquidación y partición de la herencia, según previene el art. 1410, en relación con el art. 1059, ambos del CC, no es menos cierto, si en la fase inicial de formación de tal inventario era manifiesto el desacuerdo, no existe obstáculo procesal para que la concreción del activo y pasivo de la sociedad de gananciales se dilucide previamente acudiendo al juicio declarativo, concreción que después actuará como hecho inalterable en la posterior liquidación del patrimonio ganancial”.

En la señalada en segundo lugar, se indica lo siguiente: “Plantea, como primer motivo casacional, la parte recurrente, la inadecuación de procedimiento al amparo del núm. 2 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en el presente caso debió seguirse el juicio de testamentaría en vez del cauce del juicio declarativo ordinario y, por ello, que se han infringido los arts. 1036 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que impone, de conformidad con el art. 238 núm. 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones habidas. Desde luego, que no puede compartirse la posición que sostiene el recurrente puesto que no cabe que se tomen como referencias de comparación dos modelos procesales que se desenvuelven en planos de utilidades distintos y con finalidades propias, aunque de haber sido otra la voluntad de la parte promovente quizás, como en algún momento se apunta, hubieran podido discurrir por el juicio de testamentaría las pretensiones que se dilucidan en el presente, si bien no todas. Pero es lo cierto que el juicio voluntario de testamentaría, como su denominación denota, tiene un origen no contencioso, sino voluntario y ya esta característica establece una inicial barrera de separación entre el ámbito de lo que es contingentemente jurisdiccional y lo que es necesariamente jurisdiccional, como ocurre con el juicio declarativo ordinario. A ello se añade, como ya señaló la primera sentencia cuyos razonamientos confirma la recurrida, que no se puede negar virtualidad al juicio declarativo incoado, puesto que, sin perjuicio de que la amplitud de las cuestiones que se debaten escapan del ámbito del juicio de testamentaría en cuanto que desde el momento del inicio existen discrepancias entre las partes respecto de

los bienes que integran la masa hereditaria, «es notorio que el juicio declarativo tiene eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretenden de la jurisdicción voluntaria», y como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia.”

VI. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR MEDIO DEL JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARIA

De los posibles procedimientos a los que hemos hecho mención anteriormente, éste es, sin duda, el que presenta mayor complejidad en su tramitación y es en el que de hecho aparecen los grandes problemas procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que debe ser el objeto principal de nuestro estudio.

Las fases que comprenden el procedimiento son las siguientes: a) Fase de fijación, en la que se determina el activo y pasivo de la sociedad en liquidación, con todos los incidentes que se puedan presentar sobre inclusión o exclusión de bienes, deudas, etc. b) Fase propiamente de liquidación, tanto respecto de las deudas comunes, como de las que resulten de las relaciones entre los diversos patrimonios, común y privativos y c) Fase de división por mitad del remanente, si es que existe en concepto de ganancial.

1. Inicio de la liquidación.

Se hace preciso la presentación de un escrito de cualquiera de las partes legitimadas, con sus correspondientes copias para la contraria, y firmado por Abogado y Procurador designado por las partes o, a petición de éstas, nombrado del turno de oficio si tienen derecho o gozan del beneficio de justicia gratuita. Respecto de este escrito, hay que distinguir:

Si se presenta en la ejecutoria del procedimiento matrimonial, estimamos que no precisa de los requisitos del art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; aunque es habitual en la práctica que se efectúe e incluso se relacione ya en este primer momento el activo y pasivo de la sociedad. En este caso también es habitual, y estimamos que necesario, se abra pieza separada que, por una parte, facilite su tramitación, pues lleva aparejada la entrega de los autos originales a los contadores, como veremos, y, por otra parte, que haga distinguir sus trámites del resto de peticiones de la ejecución, que podrían dar lugar, en otro caso, a verse mezclados los del régimen de visitas, pago de pensiones, actualización de las mismas, embargos, y otros que pueden darse; e incluso por la propia organización de trabajo dentro de la Oficina Judicial.

Es de resaltar que en este supuesto si el Abogado y Procurador que vienen actuando lo son por su designación por el turno de oficio como consecuencia de la obtención del beneficio de justicia gratuita, sólo están obligados a actuar hasta los dos años siguientes, contados a partir de la fecha de la sentencia dictada en la sentencia, según lo establecido en el art. 31 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Si cuando se pretende instar la liquidación ya ha transcurrido el plazo señalado, el Abogado y Procurador designados previamente no están obligados a actuar, y debe el Juzgado conceder al interesado un plazo prudencial para que pueda designar nuevos profesionales o acredite haberlos solicitado del turno de oficio. Lo mismo ocurrirá si, una vez iniciado el procedimiento de liquidación, transcurren los dos años, a partir de los cuales debe procederse en la forma señalada en el párrafo anterior, y en ambos supuestos, acordándose la suspensión del trámite, conforme a lo establecido y a los fines contenidos en el art. 16 de la misma Ley.

Cuando se inicie mediante demanda independiente, es decir ante juzgado de primera instancia, distinto del que dictó la sentencia en el proceso matrimonial, sí entendemos necesarios estos requisitos del art. 524 de dicha ley adjetiva que delimiten perfectamente las partes y la litis, dado que inicia un proceso nuevo al matrimonial precedente.

2. El inventario del activo y del pasivo.

El inventario es el trámite esencial y básico de la liquidación y que va a determinar todo el resto del procedimiento. No cabe duda de que debemos tener en cuenta las normas de carácter sustantivo que regula el inventario, contenidas fundamentalmente en los arts. 1344 y ss. (disposiciones generales de la sociedad de gananciales), y especialmente en los arts. 1396 y ss., y concordantes, todos ellos del Código Civil. Varias son las preguntas y cuestiones que se presentan:

a) ¿Es preceptivo realizarlo en este momento procesal?

En general el procedimiento se inicia con este trámite de inventario, y es conveniente realizarlo en su comienzo, y efectivamente ello se produce en la generalidad de los casos en la práctica. Así lo recogen los artículos 1063 y 1064 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dentro de los ocho días siguientes al en que se haya mandado formar judicialmente el inventario, deberá principiarlo el Actuario, señalando día y hora, que hará saber a los interesados al citarlos para esa operación. En consecuencia, decretada la práctica del inventario mediante resolución judicial, el Secretario por imperativo legal debe dictar resolución en la que señalará el día y hora para su inicio, notificando y citando a las partes.

Por lo tanto, acordado el inventario en resolución judicial, es decir, habiendo mandado formar judicialmente el mismo, se hace preceptiva su realización dentro del plazo legalmente establecido. Sin embargo, es posible que no se lleve a cabo en este momento el inventario, aunque desde luego no es normal en la práctica, pero sí parece permitirlo el art. 1074 LEC al señalar que elegidos los contadores y peritos, y en su caso, previa su aceptación, se entregarán los autos a los primeros y se pondrán a disposición de unos y otros cuantos objetos, documentos y papeles necesiten “para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho”. Esta última expresión es claramente base de lo expresado anteriormente, y de la afirmación de que no es preceptivo, aunque sí conveniente, acordar la práctica del inventario desde un primer momento del procedimiento.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1984 nos señala que la “formación del inventario tiene una importancia fundamental ya que proporciona la base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales y por lo tanto solo a partir de la regular formación del mismo como operación inicial se pueda pasar a las subsiguientes”.

b) *¿Ante quién hay que practicar el inventario?*

La Ley es muy explícita al respecto, al señalar que para hacer los inventarios judicialmente se dará comisión al Actuario (Secretario Judicial), sin perjuicio de que el Juez pueda concurrir a su formación en todo o en parte, cuando lo solicite alguno de los interesados, y él lo considere necesario, nos dice el art. 1063 LEC.

Es común que se lleve cabo y por lo tanto se dé comisión al Secretario Judicial y se practique ante la fe pública que el mismo ostenta. También el juez puede practicarlo cuando se den las condiciones señaladas legalmente, o sea, cuando considere necesaria su intervención y lo inste alguna parte.

Por último, también el contador partidor o contadores partidores ejercen esta función al amparo de lo establecido en el art. 1074 LEC, antes mencionado, cuando no se hubiere verificado con anterioridad, además de que la relación de bienes debe aparecer en el Cuaderno Particional, con las operaciones particionales.

c) *¿Se realiza en la sede del Juzgado o en el lugar donde se encuentren los bienes?*

Nada dice expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil al respecto: Citados todos... en el día y hora señalados procederá el actuario, con los que concurrirán, a formar el inventario. Esto nos señala el art. 1066. Es norma general en la práctica que en el procedimiento que analizamos se lleve a cabo en la sede del juzgado, para lo cual el Secretario Judicial señala día y hora y ante el mismo se

práctica, recogiendo en el acta que se levante todos los bienes que las partes, por su orden, estimen forman parte del activo y pasivo de la sociedad, o bien ya presentan escrito con tal descripción que se incorpora al acta. Evidentemente ello tiene una fácil explicación, por una parte teórica, pues como hemos indicado, la ley adjetiva no menciona el lugar, y por otra parte práctica, si en todos los casos hubiera necesidad de trasladarse al lugar donde estén los bienes, supondría un grave entorpecimiento de la normal actividad de la Secretaría y por ende del Juzgado mismo, ante la ausencia prolongada y habitual del o la titular de aquélla, especialmente en los Juzgados de Familia, donde este tipo de procedimientos son sumamente habituales y numerosos.

Pero, basándonos en el mismo fundamento teórico de ausencia de norma expresa, y además porque incluso podría afirmarse que de forma indirecta la voluntad del legislador recogida en el art. 1067 (se formará, además, con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia “que se encuentren”), nada obsta para que, en caso de que en un procedimiento concreto sea aconsejable e incluso necesario, se practique el inventario en el lugar donde se encuentren los bienes, para lo cual el día y hora señalado, se trasladará el Secretario a este lugar o lugares practicando “in situ” el inventario, documentándolo mediante la oportuna acta y a presencia de las partes que, previamente citadas, asistieren.

d) Normas generales sobre su práctica.

Tras las resoluciones tanto del Juez como del Secretario necesarias como paso previo a la realización del inventario, debe llevarse a cabo en legal forma las citaciones de ambas partes y demás personas que proceda conforme al art. 1065 LEC, haciéndose hincapié en el Ministerio Fiscal, en caso de ausencia, incapacidad o minoría de edad de algún cónyuge, como ya examinamos en otro momento de esta exposición.

Citados todos los interesados, en el día y hora señalados, procederá el Secretario-actuuario, con los que concurran, a formar el inventario, el cual contendrá la descripción de los bienes de la sociedad de gananciales por el orden siguiente, que describe el art. 1066 LEC: 1.º) Metálico. 2.º) Efectos públicos. 3.º) Alhajas. 4.º) Semovientes. 5.º) Frutos. 6.º) Muebles. 7.º) Inmuebles y 8.º) derechos y acciones.

Se formará, además, con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren. En todo caso se expresará en las diligencias que se extiendan, con la claridad y precisión convenientes, y si el inventario no se pudiere terminar en el día señalado se continuará en los siguientes.

Este inventario se compondrá tanto del activo como del pasivo, en virtud de lo establecido en el art. 1396 y concordantes del Código Civil. En el supuesto

habitual de que se practique en la sede de la secretaría, ya hemos expresado que el inventario se efectúa por descripción de las propias partes, por su orden, recojiéndose directamente en el acta, o bien si se adjunta en escrito aparte, éste se incorpora al acta y por supuesto a las actuaciones; aunque siempre debe exigirse que los bienes se describan con total claridad y precisión, además de por el orden legalmente establecido. Si por alguna de las partes se hiciera objeción u oposición a la inclusión de cualquier bien en el inventario, respecto de los propuestos por la contraria, se hará la oportuna reseña en el acta y las alegaciones que se hicieren, e incluso se puede unir los documentos que cada parte pueda aportar en defensa de sus pretensiones. Ello en base a las argumentaciones que con más detenimiento veremos en un momento posterior.

En otro caso, de llevarlo a cabo en el lugar donde se hallen los bienes, la forma es análoga en cuanto a su documentación, con la evidente diferencia de hacer constar el traslado del Secretario a dicho lugar, junto con los representantes y defensores de las partes, llevando a cabo su práctica con la debida descripción, claridad y precisión por dicho fedatario público, teniendo a la vista los bienes, con igual posibilidad de recoger las alegaciones de las partes y de unir documentación que se aporte en el acto.

e) Desacuerdo sobre la naturaleza de los bienes del inventario.

Ya hemos adelantado la posibilidad de que las partes en el momento de la realización del inventario discrepen abiertamente sobre la naturaleza de algunos de los bienes, es decir, cada una defienda el carácter de privativos o de gananciales de los mismos. Por lo tanto no nos referimos a cualquier discrepancia sobre la valoración o reparto de bienes, pues ésta evidentemente existirá, ya que de no ser así hubiesen liquidado las partes por la vía del mutuo acuerdo; pero ello se resolverá por los contadores-partidores y peritos.

La oposición de las partes a la inclusión o exclusión de bienes en este momento debe ser, por una parte, a algún bien de importancia cuantitativa, y por otra, que no sea demostrable su naturaleza de forma fehaciente en el acto, dado que en estos casos, para evitar actuaciones dilatorias o de abuso de derecho de alguna de las partes, que en este tipo de procedimiento se suele dar en algunos supuestos, y que no debe permitirse al amparo de lo establecido en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Juez puede resolver en este momento procesal sobre su inclusión o exclusión si existe una base clara y terminante para ello.

Con tal objeto hemos recogido en el apartado anterior que si el acto de inventario se practica ante el Secretario Judicial, como es habitual, éste se limitará a recoger las alegaciones de las partes e incluso unir los documentos que puedan presentar (por ejemplo, una copia de escritura pública donde se pueda acreditar de forma fehaciente la naturaleza de algún bien inmueble, etc.), para después dar cuenta al Juez, y posteriormente, éste, resolver la cuestión.

Si se encuentra presente el Juez en el acto, no hay obstáculo para que él mismo pueda resolver en ese momento a la vista de tales alegaciones y documentos. Pero en otro supuesto, es decir, cuando no se den tales condiciones, que podemos considerar como normales, es necesario arbitrar un procedimiento que en este momento determine la inclusión o exclusión en el inventario de bienes de la sociedad de gananciales.

Los Tribunales y la doctrina científica mantienen el criterio general en el sentido de que nos encontramos ante una cuestión incidental de previo pronunciamiento, es decir que debe resolverse con anterioridad a los demás trámites que conlleva este procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, y por lo tanto implica la suspensión del mismo en este momento procesal si se plantea tal cuestión. Tras los trámites pertinentes, dictada sentencia que determine la naturaleza ganancial o privativa de los repetidos bienes, el procedimiento de liquidación continuará con los subsiguientes trámites o fases, es decir, nombramiento de contador/es-partidor/es, y perito/s en su caso, hasta su conclusión. Obviamente, no podrá ya discutirse la relación de bienes, pues si se determinaron como privativos, se excluyen de la misma, y si se declararon gananciales, se incluyen en aquélla.

Como nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, la práctica judicial, más por la inercia de los antecedentes históricos que con base en la realidad legislativa vigente, y sin apoyo en los propósitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha tolerado los llamados incidentes de inclusión y exclusión de bienes, que han llegado incluso a esta Sala de casación dando lugar a decisiones sin plantearse nunca el problema de la legalidad de estas demandas, su cauce procesal y las consecuencias de la tramitación en el desarrollo normal de los juicios de testamentaría.

Hasta aquí la cuestión es generalmente pacífica. El problema surge sobre el procedimiento que debe seguir tal cuestión, si como tal incidente se rige por las normas contenidas en el art. 741 y ss. LEC, como se siguen en algunos Juzgados, o por el contrario, como defiende otro sector doctrinal y distintos Tribunales, el procedimiento a seguir en esta cuestión es el declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de los bienes.

El fundamento en que se basa este último criterio, que actualmente tiende a mantenerse con preferencia, es que si seguimos el trámite puro de incidentes, la sentencia que se dicta es apelable en un solo efecto, y por lo tanto es admisible su ejecución, a pesar del posible recurso, y para el caso de que en segunda instancia se revoque la sentencia, se ha podido dar el caso de que se hayan iniciado los trámites e incluso liquidado la sociedad de gananciales, que por efecto de la revocación debe anularse.

El criterio contrario, que nosotros seguimos, lo basamos, por un lado, en que si todos estamos de acuerdo en que se trata de un incidente de previo y

especial pronunciamiento, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 741 es clara y terminante: las cuestiones incidentales de previo o especial pronunciamiento que se promuevan a toda clase de juicios, con exclusión de los verbales, y no tengan señalada en esta Ley tramitación especial, se ventilarán por los trámites que se establecen en el presente Título (De los incidentes).

Estimamos que no hay duda de que en el caso que contemplamos se dan todos los supuestos exigidos en dicho precepto legal y ello ya sería suficiente base.

Pero además, por otra parte, se pueden adoptar medidas para evitar que la admisión de la apelación en un solo efecto produzca las consecuencias que se expresan anteriormente, dado que puede continuar el procedimiento por sus trámites, pero sin hacer adjudicación ni por supuesto disposición de bienes hasta tanto adquiera firmeza la sentencia incidental. Incluso podemos defender la postura de que, como ocurre en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio que se remiten claramente al procedimiento de incidentes, con especialidades que se señalan en la Ley 30/81 de 7 de julio, nadie duda de que la sentencia que se dicta en los mismos no es apelable en un solo efecto, sino en ambos, como ha sido admitido por la doctrina y tribunales. Por tanto, no hay obstáculo para también interpretar en este caso que la sentencia que se dicte, por los efectos tan determinantes y excluyentes que conlleva para la continuación del procedimiento de liquidación, pueda admitirse la apelación en ambos efectos, aunque de forma excepcional y fundamentada; e incluso según lo dispuesto en el art. 949, párrafo 2.º, de la LEC, “a sensu contrario”, se admitirán las apelaciones en “ambos efectos” en la “ejecución de sentencias”, cuando se refiera a incidentes que puedan promoverse sobre cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la ejecutoria. El procedimiento que analizamos podría encuadrarse en este supuesto.

También podemos alegar que la utilización de la vía procesal del juicio ordinario en este incidente produce claramente una mayor dilación, de por sí importante, si se obliga a las partes a acudir a otro procedimiento declarativo ordinario, pues sería éste de previo y especial pronunciamiento, continuando, una vez resuelto, con el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, y como sabemos, si no se llega a un acuerdo, se debe remitir a las partes al juicio declarativo que corresponda por su cuantía. En conclusión, si normalmente estos procedimientos son largos, de esta manera podrían hacerse casi interminables, máxime si hay alguna parte con ánimo dilatorio, se utilizan todos los recursos admisibles o el Juzgado sufre un importante retraso en el despacho de asuntos.

De cualquier manera dejamos señaladas aquí varias sentencias y autos que defienden uno u otro criterio, e incluso la admisión de ambos, para poder seguir el que se estime más adecuado.

A favor de seguir los trámites de incidentes la sentencia de la AT de Oviedo de fecha 11 de marzo de 1982 señala que “El incidente de exclusión de bienes, carente de regulación sustantiva en nuestro ordenamiento y sometido en el aspecto procesal a las normas atractivas de los arts. 741 y 745, 3, LEC, va fundamentalmente dirigido a detraer del inventario formalizado determinados bienes, derechos o acciones, ya porque no existan y constituyan pura entelequia, ya porque teniendo realidad física o jurídica pertenezcan a terceros, implicados o no en la comunidad herencial y a quienes no puede negarse la facultad de postular tal exclusión como medio eficaz de impedir la perturbación de sus legítimos derechos”.

Asimismo la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de julio de 1992, nos señala “estando proyectado a ese fin el llamado incidente de inclusión y exclusión de bienes, que, aun carente de regulación sustantiva en nuestro ordenamiento queda sometido en el aspecto procesal a las normas atractivas de los arts. 741 y ss. de la LEC, siendo el momento oportuno para promoverlo, debiendo plantearse antes de pasar a la segunda fase, es decir entre la formación de aquel y el término en que se convoque la junta contemplada en el art. 1068 de la LEC...”.

El Tribunal Supremo en Autos de 11 de marzo y 22 de abril de 1997, ha denegado esta posibilidad precisamente por estimar encuadrada la cuestión en el ámbito de los trámites de los incidentes previstos en los arts. 741 y ss. LEC, y no en un juicio declarativo ordinario. Efectivamente señala que “ya son varios los autos de esta Sala que han declarado la improcedencia de recurso de casación en los incidentes del juicio voluntario de testamentaría sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario (ATS 6 octubre 1994, 31 octubre 1996 y 11 marzo 1997)”. A esta afirmación antecede “pues la sentencia que se pretende recurrir no recayó en ninguno de los procedimientos a que se refiere el art. 1687 LEC, precepto con el que necesariamente hay que conectar tanto el art. 1690 de la misma Ley como el requisito de la cuantía litigiosa, siendo inaceptable la técnica del recurso de invocar este último dato y prescindir de la naturaleza del procedimiento dejando caer que éste es un juicio declarativo ordinario, cuando no ocurre así, sino en la fase preliminar o inicial de un juicio voluntario de testamentaría que carece de acceso a la casación mientras no alcance la fase a partir de la cual debe seguirse por los trámites del juicio ordinario correspondiente a su cuantía (art. 1088 LEC y AATS 12 mayo 1994, 6 octubre 1994 y 24 noviembre 1994), máxime cuando, de un lado, la sentencia supuestamente recurrible se dictó en un incidente que sólo admite casación cuando se suscite en segunda instancia y la ley lo provea expresamente (arts. 759 a 761 LE-Civ)...”.

A favor de seguir los trámites del juicio declarativo, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de julio de 1994 ya nos deja señalado que este incidente de inclusión y exclusión de bienes no tiene amparo legal, sino que se trata

de una práctica judicial admitida. Esta sentencia se muestra contraria a la admisibilidad de este incidente que examinamos dentro de la fase de inventario como incidente a tramitar por las normas de los arts. 741 y ss. LEC, pero sí admite tal inclusión o exclusión de bienes por la vía del juicio declarativo correspondiente, cuyos trámites estima como los más adecuados.

No obstante, esta misma sentencia admite la posibilidad de la eficacia de la tramitación como incidente en base a las normas de los arts. 741 y ss. LEC, al decir expresamente “porque la fuerza decisoria no se pierde aunque, siguiendo la práctica forense, se sustanciará por la vía incidental, porque sabido es que bajo el nombre de incidentes está el juicio declarativo especial, que por ministerio de la ley se ventila por el cauce de los arts. 741 y siguientes”.

La Audiencia Provincial de Málaga en sentencia de 19 de noviembre de 1992, señala “El cauce adecuado para la liquidación de la sociedad de gananciales, es el trámite de ejecución de sentencia de separación o divorcio, pero si durante la misma existe discrepancia, como en este caso, sobre la ganancialidad o privacidad de los bienes, debe dilucidarse tal cuestión en el oportuno procedimiento declarativo, y en este sentido la sentencia del TS de 20 de junio de 1987, y determinado ello, podrá continuarse con la liquidación”.

En cualquier caso, es importante resaltar que el Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de febrero de 1993, y de 5 de julio de 1994, ha afirmado claramente que, acordado en la sentencia que se dicte en este incidente de inclusión o exclusión de bienes, haya sido tramitado ya por las normas del art. 741 y ss., ya por las del juicio declarativo correspondiente, produce efectos de cosa juzgada material tanto en el juicio de testamentaría suspendido, como en el posterior juicio declarativo del art. 1088 LEC, en su doble aspecto, negativo (no cabe plantear cuestión sobre lo mismo) y positivo (ha de respetarse lo decidido en la sentencia). Recoge la sentencia de 5-VII-94 que “en conclusión, no deben favorecerse los incidentes paralizadores; el cauce adecuado para excluir bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente, y la decisión produce cosa juzgada entre las partes. Pero cosa juzgada también ha producido la sentencia dictada en proceso incidental, porque la fuerza decisoria no se pierde aunque, siguiendo la práctica forense, se sustanciará por la vía especial, porque sabido es que bajo el nombre de incidentes está el juicio declarativo especial que por ministerio de la ley se ventila por el cauce de los arts. 741 y siguientes. [...] Y la sentencia que recaiga en dichos incidentes produce igualmente fuerza de cosa juzgada cuando no cabe contra ellos ningún recurso.”

Por otra parte, la competencia para conocer de este repetido incidente, por una vía procesal u otra, es obviamente del mismo Juez que está conociendo del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales.

f) *Discrepancias generales en el inventario: Aspecto cuantitativo. Preclusión. Limitación de alegarlo en este momento procesal. Remisión al juicio declarativo.*

Como vemos y veremos son muchas las cuestiones, dudas y criterios dispares y contradictorios que van surgiendo a lo largo de este complejo procedimiento. Otra de ellas es ésta, es decir, si llegado el acto del inventario se produce un total desacuerdo entre las partes no sólo ya respecto al ámbito cualitativo, o sea, a la naturaleza de los bienes —gananciales o privativos—, a resolver en el incidente de previo y especial pronunciamiento, a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, sino también en el aspecto cuantitativo, pues partiendo de que no haya dudas sobre la naturaleza, pueden existir también divergencias en la cantidad de bienes, su descripción, las deudas de la sociedad o cualquier otra circunstancia.

Producido este evento en los actos iniciales del procedimiento, ¿es este el momento adecuado para instarlo, y no haciéndolo precluye el derecho a solicitarlo?; ¿se puede remitir ya a las partes al juicio declarativo correspondiente según su cuantía? o ¿hay que continuar el procedimiento hasta que se produzca la oposición al inventario, en su caso, y al cuaderno particional que realicen el/los contador/es-partidor/es, o contador dirimente?

Sobre el primer aspecto (¿es este el momento adecuado para instarlo, y no haciéndolo precluye el derecho a solicitarlo?) parece que el criterio dominante es que efectivamente debe solicitarse por las partes el incidente de inclusión o exclusión en este momento procesal, o sea, en el periodo de tiempo que va desde los actos de formación de inventario hasta el señalado para la junta prevista en el art. 1068, con la finalidad de determinar la administración, custodia y conservación, así como el nombramiento de contadores-partidores y peritos; pues se entiende que celebrada esta junta ha precluido para las partes su derecho de pedir la incoación de tal incidente.

Efectivamente, la AT de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 24 de julio de 1981, así lo señala, y en resumen nos dice: “En consecuencia, para no incurrir en nulidad de actuaciones por quebranto de formalidades esenciales, exigibles de oficio, el incidente de exclusión de bienes debe plantearse antes de pasar a la segunda fase, o sea, después de la formación de inventario y dentro del término en el que se convoque la Junta prevenida en el art. 1068 de la LEC, pero nunca más tarde, incluso ya confeccionado uno de los cuadernos particionales”.

Sin embargo, se muestra contraria a este criterio la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de julio de 1991 “ya que sin desconocer sentencias de otras Audiencias que han estimado que el planteamiento de estos incidentes está sometido a un plazo de preclusión, tal opinión no es compartida por otras Audiencias como la de Burgos u Oviedo, ya que el Tribunal Supremo

tiene declarado con reiteración que el incidente sobre inclusión o exclusión de bienes del inventario, en el juicio de testamentaría o abintestato, puede pedirse, bien como incidente en dichos procedimientos, en juicio declarativo independiente, y en último término, en el juicio declarativo a que se refiere el art. 1088 de la LEC (STS ... 27-V-88)".

Para las demás cuestiones o preguntas formuladas ¿se puede remitir a las partes ya al juicio declarativo correspondiente según su cuantía? o ¿hay que continuar el procedimiento hasta que se produzca la oposición al inventario, en su caso, y al cuaderno particional que realicen el/los contador/es partidor/es, o contador dirimente? los criterios, como no podía ser menos, aquí también se dividen. Por una parte, los que defienden la primera postura; estiman que, por razones de economía procesal, no tendría sentido continuar con unos trámites, complejos y especialmente costosos para las partes (nombramiento de contadores partidores y peritos), que están supeditados siempre a que los cónyuges litigantes se pongan de acuerdo, pues si éste no se produce, la conclusión final es iniciar el juicio declarativo. Es preferible evitar todo ello, y remitir desde el inicio al proceso ordinario.

Por otra parte, otro sector defiende que es necesario continuar hasta que se produzca, al menos, la presentación por los contadores-partidores o contador dirimente; las operaciones divisorias y en su caso el inventario que estimen ellos comprende la sociedad de gananciales, es decir hasta la junta prevista en el art. 1086 LEC, y si en este momento muestran las partes su total disconformidad, remitirlas entonces al juicio declarativo.

La generalidad de la doctrina y la práctica de los tribunales coinciden básicamente en que es preciso iniciar el procedimiento por los trámites de la testamentaría, en la ejecución de sentencia, aunque se viene admitiendo de forma excepcional el juicio declarativo, previo a la testamentaría, si tiene por objeto fijar el activo y pasivo de la sociedad de gananciales, siempre que aparezca expuesto por ambas partes de forma clara y terminante su desacuerdo sobre las distintas partidas que deben figurar en aquéllos.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en su Sentencia de 20 de junio de 1987, estableciendo que "es cierto que los litigantes pudieron acudir para todo lo no previsto en los artículos 1396 y siguientes del CC sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicación a los partícipes, y demás que no se halle expresamente determinado, a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, según previene el artículo 1410 en relación con el artículo 1059, ambos del texto sustantivo; no es menos cierto que si en la fase inicial de formación del tal inventario era manifiesto el desacuerdo, no existe obstáculo procesal para que la concreción del activo y pasivo de la sociedad de gananciales se dilucide previamente, acudiendo al juicio declarativo, concreción que después actuará como hecho inalterable en la posterior liquidación del patrimonio ganancial. Por todo ello,

no es admisible la posición de la sentencia recurrida que hace inútil la extraordinaria actividad procesal de las partes y remite a un procedimiento en el que, una vez iniciado, tendrían que promover necesariamente, ante la expuesta disparidad, nuevos incidentes de inclusión o exclusión de bienes o deudas, malbaratando todo un voluminoso proceso en contra del más elemental principio de economía procesal y en contra, también, del principio de conservación de los actos procesales que emana del artículo 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; todo ello, claro es, sin perjuicio de que después de fijados de forma definitiva en este proceso de mayor cuantía el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, se proceda en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo entre las partes, y con observancia de lo dispuesto en los artículos 1399 y siguientes del Código Civil, por los trámites del juicio voluntario de testamentaría, a la liquidación, participación y adjudicación de bienes hereditarios (arts 1059 y 1410 CC).”

Para resumir toda esta materia, siguiendo a González del Pozo, el Tribunal Supremo parece razonar del siguiente modo:

- Es cierto que las partes debieron acudir, para la liquidación, al juicio voluntario de testamentaría, en ejecución de la sentencia matrimonial.
- De haber acudido al mismo, sin duda, habrían surgido discrepancias entre ellas sobre el activo y el pasivo en la fase de formación de inventario, pues tales divergencias ya se pusieron de manifiesto en el proceso de separación, lo que habría hecho posible que cualquiera de las partes promoviera, con suspensión del curso del juicio voluntario de testamentaría, el oportuno incidente de inclusión o exclusión de bienes y/o deudas a ventilar en el juicio declarativo correspondiente.
- Luego, si en el caso concreto se acudió, para evitar actuaciones inútiles, directamente, al correspondiente juicio declarativo para fijar el inventario, no hay que negar validez a este juicio, ya que a él se habría llegado previsiblemente de seguir el cauce procesal idóneo.
- Sin embargo, el Tribunal Supremo se limita a afirmar la admisibilidad del incidente de inclusión o exclusión de bienes seguido en el caso concreto planteado, pero no sienta una doctrina general, como algunos han deducido erróneamente, ni sobre los supuestos en que procede admitir dicho incidente, ni sobre el momento procesal oportuno para plantearlo, ni sobre el procedimiento en que el mismo debe sustanciarse: si por los trámites del procedimiento incidental regulado en el art. 741 y siguientes de la LEC o por los del juicio declarativo ordinario que por la cuantía corresponda.

- g) *Supuesto especial en el caso de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, en base al art. 1409 CC.*

Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

Esta norma sustantiva tiene una importante relevancia en esta materia del inventario, que el Código eleva a esencial, y previendo la dificultad de determinar los bienes adquiridos durante el periodo de tiempo que duró un matrimonio y otro, contraído por una misma persona, admite la posibilidad de practicarse toda clase de pruebas. En éstas evidentemente no vamos a entrar, pero sí dejar constancia de tal supuesto y de la especial dificultad y diligencia que debe emplear el Secretario Judicial y las partes en la práctica de este inventario.

- h) *Intervención de terceros.*

Este supuesto puede plantearse cuando en un inventario se incluyan bienes que pertenecen a otro dueño o no se incluyan los que, perteneciendo a la sociedad de gananciales, se encuentran en poder de un tercero. Nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de julio de 1994, nos señala en este caso que es incuestionable que “pueden los que se crean con derecho, reivindicar o pedir mera declaración de dominio. En definitiva, hacer valer su derecho, y entonces será el juicio declarativo el que colateralmente y sin paralizar la testamentaría servirá para decidir la cuestión dando lugar en su día a partición complementaria de bienes (art. 1079 del Código Civil) o a la rectificación correspondiente a la exclusión de bienes”.

3. Primera junta prevista en el art. 1068 LEC.

Practicado el inventario, se convocará a Junta a los interesados, señalando el día dentro de los ocho siguientes, para que se pongan de acuerdo sobre:

- la administración del caudal, su custodia y conservación;
- el nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal de la sociedad de gananciales;
- el nombramiento de los peritos para el avalúo de bienes.

Por supuesto que deben ser citadas las partes en legal forma a esta comparecencia, y una vez que conste debidamente, la primera cuestión que surge es si la asistencia es o no obligatoria.

La Ley con carácter especial no prevé el supuesto de ausencia de alguna de las partes a este acto o comparecencia, ni por supuesto sus consecuencias, aunque en principio se podría decir que de la redacción de las normas que lo regulan resulta que es obligatoria su comparecencia, pues siempre se redactan en forma imperativa para las partes (“convocar a Junta a los interesados [...] para que se pongan de acuerdo” “los interesados deberán también ponerse de acuerdo sobre...”), después ya se refiere no a interesados, sino a concurrentes, y prevé el supuesto de que si alguno de los concurrentes se negare a nombrar contador o perito, se le tendrá por conforme con la designación que hicieron los otros interesados.

Lo que sí hace la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 1060, cuando regula el “cese de la representación del Ministerio Fiscal”, que ya hemos recogido, es señalar que se producirá tal cese “respecto de los ausentes citados en persona, también cuando se presenten o transcurran desde la citación, sin haberse presentado, 15 días si residen en la Península y 3 meses en otra parte. En este último caso se seguirá el juicio en rebeldía, sin volver a citar a los que, habiéndolo sido en forma, no hayan comparecido”.

Estimamos que evidentemente se puede dar el supuesto de incomparecencia de una de las partes, y a pesar de ello la comparecencia debe celebrarse con la concurrencia de la contraria, que hará todas las alegaciones y nombramientos de referidos cargos que estime pertinentes, con la misma advertencia y consecuencias que se expresa en la ley para el caso de negarse a nombrar contador o perito, recogido en el párrafo anterior. Claro está que, personándose en forma, puede posteriormente intervenir en el resto de los trámites subsiguientes de este procedimiento, haciendo las alegaciones que la ley le permite en cada momento procesal, y prestando por ello su conformidad con los actos u operaciones, o, en su caso, su oposición, con los efectos legales procedentes. Lo que sí es evidente es que esta incomparecencia no implica en ningún caso conformidad de la parte que no asiste a la liquidación presentada por la contraria, como en alguna ocasión se ha pretendido en la práctica, sino que sólo afecta a la posibilidad de nombramiento de tales cargos.

Por otra parte, debemos reseñar cada uno de los objetivos fundamentales de esta comparecencia:

a) *La administración del caudal, su custodia y conservación.*

El mandato contenido en los arts. 1068 y 1069, como norma del juicio voluntario de testamentaría, no se ajusta concretamente a la institución de la sociedad de gananciales.

No obstante, sí es posible hablar de bienes, de los que compongan la sociedad de gananciales, que puedan ser objeto de administración, como puede ser

cualquier actividad comercial o mercantil, o los rendimientos de una finca rústica, etc.

En estos casos, la administración que corresponde en principio conjuntamente a ambos cónyuges, se regirá por las normas contenidas en los arts. 1375 a 1391 del Código Civil, pudiendo decidir el Juez en caso de discrepancia, y podrá conferir la administración a uno sólo de los cónyuges, como determina el art. 1388 CC.

Si la administración es conjunta, y fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el juez suplirlo si encontrare fundada la petición. Además para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia, pudiendo, excepcionalmente, acordar las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

En el supuesto de que sea un solo cónyuge al que se le confiera la administración, de común acuerdo o judicialmente, tendrá asimismo su custodia y conservación, con las obligaciones y responsabilidades inherentes establecidas en los arts. 1389 a 1391 del CC, y demás concordantes, por lo que tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones; aunque, en todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial. Además, por supuesto tendrá el deber de obrar con la diligencia de un buen padre de familia, en interés de la familia, y conllevará el rendimiento de cuentas periódicamente.

No es desde luego habitual, pero también se ha planteado la cuestión de nombramiento de un tercero como administrador. Efectivamente, en alguna ocasión ante las discrepancias generalizadas de ambos cónyuges, tras su separación, en la administración del patrimonio que componía el haber de la sociedad de gananciales, que era de una importante cuantificación, se venía haciendo imposible llevar a cabo los más mínimos actos de administración sin la intervención judicial, por lo que, para evitar perjuicios al patrimonio que afectan no sólo a los propios cónyuges sino también a sus hijos, se optó en la oportuna resolución judicial por nombrar a un tercero como administrador judicial, y para su nombramiento, también ante la falta de regulación legal y acuerdo de los cónyuges, se remitió a las normas contenidas en los arts. 616 a 625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación analógica del trámite para nombramiento contencioso del contador dirimente o discordancia de los peritos sobre el avalúo, contemplado en el art. 1073 de dicha ley adjetiva.

En este caso, entendemos es de aplicación lo dispuesto en el art. 1069, reglas 5.ª y 6.ª, y por lo tanto debe exigírsele fianza si los cónyuges no le dispensaren de hacerlo, y en caso de disconformidad, la fianza será proporcional al interés en el caudal de los que no otorguen su relevación.

b) *El nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal de la sociedad de gananciales.*

Así lo establece el art. 1070 LEC, como objeto igualmente de esta misma junta. Los interesados deberán también ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias del caudal.

Por lo tanto, a continuación debe invitarse a las partes a que logren tal acuerdo. En caso de que se logre, este puede recaer sobre un solo contador, o varios, sin que exista límite que no sea la propia voluntad de las partes; no obstante, en la práctica es bastante habitual que se produzca este acuerdo y sobre un solo contador, por muchas razones, pero entre las más importantes, por el elevado coste económico que en otro caso supone para ambas partes. Si no lo consiguieren, cada parte, o grupo de partes que tengan idéntico interés designará un contador, y se intentará el acuerdo de todos para elegir un contador dirimente, que habrá de ser Letrado.

Aquí la ley ya restringe el número de contadores, y señala claramente que será el de uno por cada parte, y además se ha de nombrar un Letrado que actúe como contador dirimente. Como vemos todos estos cargos son obligatorios, en caso de desacuerdo.

Si alguno de los concurrentes se negare a nombrar contador, se le tendrá por conforme con la designación que hicieren los otros interesados. Además es de significar que, si de la junta resultare falta de acuerdo para la designación de contador dirimente, se observará lo prevenido en los arts. 616 al 625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, se aplicarán las mismas normas procesales establecidas para la prueba pericial y en concreto respecto al nombramiento de peritos o peritos, en caso de desacuerdo, su aceptación y juramento del cargo, así como las causas y procedimiento para su recusación. En todo caso, con anuencia o sin ella, lo que es evidente como conclusión es que, al menos, habrá de designarse un contador partidario (en caso de acuerdo) o un contador partidario por cada parte y uno más dirimente (en caso de desacuerdo); sin que sea admisible a las partes obviar este trámite o nombramiento de este cargo, como algunas veces en la práctica se pretende, cuando no hay problemática entre las mismas en la cualidad ni cantidad de bienes, pero sí en el avalúo de los mismos, y en este caso se insta el nombramiento de perito o peritos, pero no el de contadores-partidores, lo que desde luego la ley no admite, dada su claridad e imperatividad, suponiendo una corruptela procesal que en ningún caso estimamos debe admitirse.

Tampoco se estima admisible, como se ha producido alguna vez en la práctica, nombrar contador partidor al propio Letrado que lleva la dirección jurídica de la actora. La situación se produce cuando concurriendo a la comparecencia sólo la parte actora, que goza del derecho de justicia gratuita, se propone por su Letrado que se nombre contador partidor y perito, en base a las normas contenidas en la Ley y Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, haciéndole saber que no habría inconveniente en iniciar los trámites respecto del perito, pero sí en cuanto al contador partidor pues se entiende no se contempla legalmente dentro del contenido de tal derecho. Ante ello el referido Letrado se propone asimismo como contador partidor dirimente. Esta pretensión le fue absolutamente rechazada pues es obvio se convertía en “juez y parte”, pues tal cargo debe recaer en un tercero que realice las importantes tareas de inventario, liquidación con distribución del pasivo, partición y distribución del haber de la sociedad, con la mayor objetividad e imparcialidad, que evidentemente no puede estar representado en el letrado de una de las partes.

c) El nombramiento de los peritos para el avalúo de bienes.

También acordarán los concurrentes a dicha junta el nombramiento de los peritos de que para el avalúo de los bienes deberán valerse los contadores, o facultarán a éstos (contador/es) para elegir uno o varios de común acuerdo, y para designar cada cual el suyo, si el acuerdo no fuere posible. Si alguno de los concurrentes se negare a nombrar perito, se le tendrá por conforme con la designación que hicieren los otros interesados.

En consecuencia, por una parte, los litigantes pueden elegir cada uno el número de peritos que estimen pertinentes, pues la ley no establece límite alguno. Obviamente cada una de ellas correrá con los gastos que su nombramiento origine y sus respectivos honorarios; o bien, por otra parte, facultar al contador o contadores partidores para que ellos elijan uno o varios de común acuerdo, o cada uno el suyo, si existe desacuerdo.

Por otro lado, se viene admitiendo en la práctica, accediéndose a la voluntad expresa de las partes, basada fundamentalmente en razones económicas, que se nombre un único contador partidor letrado (generalmente también con título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, pues las mayores controversias se refieren a los inmuebles), facultándole no ya para que nombre perito, sino para que él mismo sea contador partidor y perito. Con ello se pretende cumplir con el objetivo pretendido y se suprimen bastantes gastos en un proceso de por sí sumamente costoso.

Una cuestión importante a resolver es cuándo alguna o ambas partes gozan del derecho de justicia gratuita. Es habitual en la práctica que la parte que goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita, muy común en los procesos matrimoniales y por ende en los procedimientos de liquidación de sociedad de

gananciales, solicite que el perito le sea nombrado conforme a las normas establecidas en tales supuestos. Efectivamente ello está regulado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en su reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre.

En su contenido, el art. 6.6 de la Ley comprende, entre otras, la prestación de asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas.

Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de órganos jurisdiccionales o de las Administraciones Públicas, ésta se llevará a cabo, si el juez o tribunal lo estima pertinente en resolución motivada, a cargo de peritos que, por insaculación, sean designados entre los técnicos privados que correspondan.

En el reglamento de asistencia jurídica gratuita, en sus arts. 38 y 39 se regula con algo más de detalle la prestación de la asistencia pericial gratuita, de la siguiente manera:

En lo que se refiere al abono de honorarios: estos honorarios a que se refiere el art. 6.º 6, párrafo segundo, de la Ley de asistencia jurídica gratuita, correrán a cargo del Ministerio de Justicia, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la sentencia se pronuncia sobre costas a favor del titular del derecho. b) Cuando, venciendo en el pleito el titular del derecho y la sentencia no se pronuncia sobre costas, el beneficio obtenido en el proceso supere en 3 veces la cuantía de las costas causadas en su defensa.

Respecto al coste económico de las pruebas periciales: antes de la realización de la prueba pericial, el técnico privado, designado conforme a dicho artículo de la Ley, remitirá a la gerencia del Ministerio de Justicia, para su aprobación, una previsión del coste económico de aquélla, que incluirá los extremos siguientes: a) Tiempo previsto para realizar la pericia y valoración del coste/hora. b) Gastos necesarios para su realización. c) Copia de la resolución judicial que acordó la prueba.

Transcurrido un mes sin reparo de la Gerencia, se aprueba. Por lo tanto en este caso el silencio de la Administración tiene naturaleza positiva.

Esta es la normativa al respecto, y sobre ella hemos de hacer varias consideraciones: a) Las referencias que se hacen a la Gerencia del Ministerio de Justicia, han de entenderse hechas a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas cuando éstas hayan recibido las oportunas transferencias de competencias en materia de justicia. b) Que la solicitud de nombramiento de perito en base al derecho de asistencia jurídica gratuita afecta considerablemente a las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en este trámite

esencial para la liquidación de sociedad de gananciales, como es el nombramiento de peritos.

Efectivamente, por una parte, si existen peritos adscritos a los órganos judiciales, como es el caso de algunas capitales, éstos y no otros serán los encargados de efectuar la valoración de los bienes; y por otra parte, en caso de no existir, se tendrán que nombrar aquellos peritos que dependan de la Administración, u organismos técnicos de ésta, y en caso de que no sea posible, entonces es cuando se podrá motivadamente efectuar el nombramiento de peritos privados por insaculación, con los trámites previos de índole económica señalados en el Reglamento mencionado, pues este aspecto debe ser aprobado con anterioridad a la emisión del dictamen por el organismo competente de la Administración Central (Gerencia) o Autónoma (Servicio de Justicia). En este último caso, con suspensión del procedimiento en este momento procesal, se suele remitir oficio al Colegio Oficial respectivo de los profesionales a que se refiera la valoración, a fin de que remita relación nominativa de tales técnicos, y una vez que obre en el Juzgado, se efectúa el nombramiento por insaculación.

4. Actuación de los contadores-partidores y peritos: valoración, liquidación y división. Cuaderno particional u operaciones divisorias.

Elegidos los contadores (y peritos, en su caso), deben ser citados judicialmente o presentados por la parte respectiva, ante la presencia judicial, para hacerle saber su nombramiento y para que acepten y juren el cargo, recogiendo en la correspondiente acta. La aceptación de los contadores dará derecho a cada uno de los interesados para obligarles a que cumplan su encargo. Deberán verificarlo en el término que racionalmente se estime necesario, teniendo en consideración la importancia y dificultad de las operaciones.

En consecuencia, una vez aceptado y jurado el cargo por los contadores, resulta para ellos obligatoria su actuación, debiendo cumplir con las obligaciones que la ley le impone, realizando las operaciones exigidas (inventario, en su caso, así como el avalúo, liquidación y división de la sociedad). Entendemos no resulta admisible, como ocurre algunas veces, la petición del contador de que se le tenga por renunciado ya que no le es posible poner de acuerdo a las partes, pues éstas pueden legalmente obligarle a que cumpla con su encargo que ya había aceptado.

En principio no se le exige plazo para el cumplimiento de tales funciones y de hecho no es normal que en la práctica en los Juzgados se establezca, a pesar de que suele ser habitual la excesiva tardanza. No obstante, sólo a instancia de parte, como determina el art. 1076 LEC, puede fijarse un plazo para que presenten las operaciones divisorias, y si no lo verificaren, serán responsables de los daños y perjuicios. Además se aplicará lo dispuesto en el art. 308 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, respecto a la devolución de los autos, una vez transcurrido el plazo concedido.

Tras ello, nos señala el art. 1074 LEC que se entregarán los autos a los contadores, y se pondrá a disposición de éstos y los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario. A tal fin se dictará la oportuna resolución, y se documentará la entrega en el libro de conocimientos de la Secretaría.

Del expresado artículo 1074 L.E.C. se deduce que la forma de actuación de los contadores, en caso de nombramiento de uno por cada parte, debe entenderse sucesiva, es decir, primero el nombrado por la parte actora y posteriormente, el de la demandada, pues ha de entregarse a los mismos por imperativo legal los autos originales, lo cual es evidente no puede producirse si se realiza de forma simultánea. Además es de resaltar que si hubiere acuerdo entre las partes con alguno de los cuadernos particionales que se presenten por los contadores no será necesario continuar el procedimiento. Este tiene como una de sus finalidades esenciales llegar a un acuerdo entre las partes, y si se produce, el asunto concluye. Efectivamente, si el acuerdo recae sobre el cuaderno particional que emita el primer contador partidior; por una parte, no será necesario que se practiquen los trámites respecto a los demás que se hayan nombrado, y por otra, tras su ratificación por los cónyuges y aprobación mediante auto del Juez, se dará por terminado el procedimiento y se mandará el archivo de las actuaciones.

El cuaderno particional con las operaciones divisorias que en el mismo se insertan deberá presentarse por los contadores extendidas en papel común y serán suscritas por ellos, y contendrán: 1.º Relación de los bienes que, en concepto de cada uno, formen el caudal partible. 2.º Avalúo de todos los comprendidos en esa relación. 3.º Liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes. Cada uno de ellos debe presentar inexcusablemente sus operaciones divisorias.

a) *Relación de bienes.*

La primera operación que debe recoger el cuaderno particional es la relación de bienes, es decir, un inventario exhaustivo, detallado y documentado de los bienes y derechos que compongan la sociedad de gananciales. El contador realiza una tarea de investigación respecto de la titularidad de los bienes que las partes entienden que deben incluirse en la relación y que normalmente ha sido fijada en el primer inventario que se realiza al inicio de este procedimiento. Sobre este primer inventario, estimamos, no está sujeto inexcusablemente el contador. Evidentemente parte del mismo, pero si con posterioridad en su labor propia, y durante este periodo, no se le ha acreditado por las partes la titularidad

de un bien o derecho, no lo incluye en referida relación como perteneciente a la sociedad; o al contrario, pueden haberse omitido bienes gananciales en el primer momento o que aparezcan nuevos con posterioridad, en cuyo caso los incluye.

En la práctica ocurre que alguna de las partes desde el inventario inicial insisten en que se incluya en el mismo un determinado bien (por ejemplo, un vehículo o acciones de sociedades, etc.), aunque después si ante el contador se demuestra que se han vendido con anterioridad a la disolución de la sociedad, resulta obvio que no puede incluirlo en esta relación de bienes del cuaderno particional, aunque haya figurado en el primer inventario, ni por lo tanto debe ser objeto de avalúo, liquidación o adjudicación. Por otro lado, si con posterioridad aparecieren nuevos bienes o derechos omitidos, nos encontramos ante la denominada partición complementaria, a que haremos mención con posterioridad de forma independiente.

b) Valoración o avalúo de los bienes.

Este debe ser efectuado por el perito o peritos nombrados por las partes, o por los contadores, si fueron facultados por aquéllas con tal finalidad. Por otra parte, si los peritos discordaren sobre el avalúo de los bienes que forman la sociedad de gananciales, se observará lo prevenido en los arts. 616 al 625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aquí la ley, en su artículo 1073, no se remite a tales artículos previstos para la regulación de la prueba pericial, para el caso de que no se pongan de acuerdo las partes para el nombramiento de peritos, como hace en tal prueba y en caso de desacuerdo de designación de contador dirimente, sino sólo para el caso de contradicciones en el avalúo de bienes, lo cual es lógico si, como hemos expresado anteriormente, cada una de las partes puede designar el número de peritos que estime pertinentes.

En consecuencia, producida la discordia sobre el avalúo, se nombrará nuevo perito o peritos por insaculación con los nombres de tres, por lo menos, de cada uno de los que hayan de ser elegidos.

Ahora vuelven a tener relevancia y aplicación las normas contenidas respecto al derecho a asistencia pericial gratuita a que antes hemos hecho referencia.

También nos remitimos a lo expresado respecto a la admisión en la práctica de que sea el propio contador partidario dirimente el que efectúe la valoración, si para ello ha sido facultado por las partes.

En la valoración de los bienes ha de tomarse en cuenta la fecha de liquidación de la sociedad, conforme señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993. En su primer fundamento de derecho se recoge “Según

sostiene la parte recurrente la fecha que ha de tomarse como referencia es la de la disolución, mientras que como, con acierto, mantiene la sentencia recurrida, que apoya la tesis seguida por el denominado contador-partidor designado por ambas partes, a efectos de realizar las operaciones divisorias, la fecha que debe tomarse en cuenta es la de liquidación. Con razón, pues, explicita la sentencia de la Sala “a quo”, que “si bien la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la correspondiente a la de la sentencia firme, la de la liquidación de la misma será aquella en la que efectivamente se produzcan las operaciones antes indicadas, y será a esta fecha a la que habrá de realizar la valoración de los bienes”. El fundamento jurídico se infiere de lo dispuesto en los arts. 1396 y 1397 del Código Civil que distingue entre los dos momentos, disolución y liquidación y relacionan la elaboración del activo y del pasivo con los valores “actualizados” de los bienes que se suman o deducen, obviamente al tiempo en que se procede a su liquidación. Así resulta, además, de la propia lógica jurídica, conforme con la naturaleza de la situación que media desde la disolución hasta la liquidación, pues, como enseña la sentencia de esta Sala de 17-II-1992 “es criterio doctrinal y jurisprudencialmente admitido (ss. 21-XI-1987 y 8-X-1990) el que durante el periodo intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria [...] Y es que como establece autorizada doctrina civilística la valoración se hace, en la práctica, dado que no hay norma específica, al día de la liquidación, ya que hasta el referido día, el patrimonio continúa siendo común y los incrementos de valor o plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las disminuciones son de riesgo y ventaja de todos”.

Por otro lado, en relación con la valoración, nuestra ley procesal civil también establece, en sus arts. 1089 y 1090, que si apareciere fundado motivo para creer que en el avalúo han intervenido el cohecho o las inteligencias fraudulentas, el juez acordará que se saque testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra los culpables; debiendo ser oído el Ministerio Fiscal.

c) *Liquidación del caudal, división y adjudicación a cada uno de los partícipes.*

Es decir, deben liquidarse y recogerse detalladamente y satisfacerse, en su caso, las deudas acreditadas de los cónyuges con respecto a terceros y, también, las que resulten entre los propios cónyuges. El Código Civil, en sus arts. 1399 y ss. y concordantes, nos señala la forma de efectuar los pagos, y recoge expresamente que terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia, y respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos, con-

tenidas en los arts. 1911 y ss. del mismo texto legal. En cuanto a las deudas entre cónyuges, es muy habitual incluir aquí las que tenga uno respecto del otro por impago de pensiones, cuyas deuda se haya declarado en la ejecución de sentencia de los procesos matrimoniales, y debe realizarse como dispone el art. 1403 CC.

Tras ello debe constar la división de los bienes y derechos que queden en la sociedad, una vez satisfechas las deudas, procurándose evitar la indivisión o la excesiva división de las fincas. Hechas las deducciones, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

Como última operación debe recogerse la adjudicación a cada cónyuge de los bienes resultantes, debiéndose tener en cuenta por el contador, en su propuesta, la atribución preferente que alguno de los cónyuges pueda ejercer, según lo establecido en los arts. 1406 y 1407 CC, de determinados bienes (uso personal, explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo, local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, etc.), hasta donde su haber alcance.

Por otra parte, y continuando con la actuación de los contadores, la figura del Letrado contador dirimente tiene una especial relevancia en este procedimiento porque es necesaria siempre su intervención en caso de que no exista acuerdo entre las partes y cada una de ellas haya nombrado un contador de su designación. También hemos recogido que es habitual en la práctica el nombramiento común por las partes de un solo contador letrado que ejerza las funciones encomendadas legalmente a los contadores partidores.

Por lo demás, se llevarán a cabo, en cuanto a dicho contador dirimente, los mismos trámites que se recogen para los demás contadores. Por lo tanto, debe acordarse la entrega al mismo de los autos originales y ponerse a su disposición cuantos objetos, documentos y papeles necesite, y en especial las operaciones presentadas por los contadores de las partes.

La actuación de este contador letrado viene señalada legalmente de forma que resumiendo los puntos en que las partes estuvieren conformes, se limitará a formular, con arreglo a derecho, aquella o aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva división de las fincas.

No se trata de hallar un término medio entre proyectos dispares, sino de realizar un proyecto con arreglo a derecho, según la frase que la ley emplea, por ello puede ser uno nuevo o bien aceptar en todo o en parte las operaciones de algún o algunos contadores, pero en el cumplimiento de su cometido ha de ajustarse a ciertos límites; no puede, por ejemplo, asignar a los bienes de la herencia, en contra de los informes periciales, el valor que le parezca más justo (STS de 20-XII-1916), procurará evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva divi-

sión de las fincas (art. 1078 citado), y cuando una cosa sea indivisible o desmezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero (art. 1062, párrafo 1.º, CC).

Por lo tanto es el contador dirimente el que en su cuaderno particional debe resolver las discrepancias observadas en los cuadernos de los otros contadores, exponiendo las operaciones en que aprecie el desacuerdo o las diferencias en la relación de bienes y deudas, y decidir sobre todas las materias controvertidas conforme a derecho. Posteriormente si las partes muestran su conformidad con la decisión del contador dirimente, el Juez dictará Auto aprobando el oportuno cuaderno particional.

5. Traslado del cuaderno particional u operaciones divisorias sin oposición o conformidad de las partes.

Una vez que consten en la Oficina Judicial en los cuadernos particionales u operaciones divisorias que haya presentado cada uno de los contadores partidarios, caben dos posibilidades:

a) El Secretario Judicial debe dictar la correspondiente resolución procesal, acordando, conforme el art. 1079 LEC, poner de manifiesto en la Secretaría el contenido de las operaciones por término de ocho días, haciéndolo saber a las partes.

b) No se llevará a efecto este traslado por el plazo mencionado si todas las partes acuden al Juzgado, por medio de comparecencia o por escrito, manifestando su conformidad con cualesquiera de los proyectos. Incluso, en este caso de conformidad, no será necesario que se ratifiquen los propios interesados, cuando todos hayan firmado el escrito o lo presenten personalmente, lo que acreditará el Secretario por diligencia. Este supuesto implica que, por ejemplo, si formulada conformidad por las partes con el primer cuaderno particional que presente el contador nombrado por el actor, no será necesario continuar el trámite con los siguientes contadores, pues la finalidad principal de este procedimiento es llegar a un acuerdo entre las partes sobre la división y partición de la sociedad de gananciales, y producido tal acuerdo en cualquier momento hábil del procedimiento, éste podrá concluir, si se produce la aprobación judicial.

Tras el trámite precedente, es decir, pasado dicho término sin hacerse oposición, o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad a “cualquiera de las operaciones presentadas por algún contador”, se dictará resolución mandando llamar a los autos a la vista, y recaerá Auto aprobando las operaciones divisorias. Por lo tanto, como hemos recogido antes, es admisible que los interesados presten su consentimiento a cualquier cuaderno particional, ya sea del presentado por el contador de una parte, de la otra, o bien del contador dirimente; y verificado se aprueba judicialmente.

Una vez firme el Auto, se expedirá por el Secretario Judicial el oportuno testimonio literal, comprensivo del contenido de las operaciones divisorias y del Auto aprobatorio, una vez firme, que será título bastante para la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, y por lo demás, se dará por terminado el procedimiento, procediéndose a su archivo.

Este es el criterio actual y trámite que debemos seguir, sin que sea aplicable lo dispuesto en el art. 1081 LEC, respecto a que se mande protocolizar las operaciones. Ello viene confirmado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha sentado ya doctrina unánime al respecto, iniciada a partir de la Resolución de 25-II-1988, estableciendo innecesaria la protocolización notarial de las operaciones divisorias judicialmente aprobadas, y suficiente el mencionado testimonio expedido por el Secretario Judicial.

También cabe otra forma procesal de llegar a dictar el anterior Auto, a pesar de no haberse formulado expresa conformidad o sin oposición concreta, en el supuesto de que se solicite por las partes para iniciar la oposición la entrega de autos y las operaciones divisorias, y las mismas dejen transcurrir el plazo legal de 15 días para formalizar la oposición sin verificarlo. En este caso, procederá aprobar tales operaciones de la misma manera prevenida en los párrafos anteriores, como señala el art. 1085 de dicha Ley adjetiva.

Aprobadas definitivamente las particiones, por cualquier procedimiento, se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos, por el actuario, notas expresivas de la adjudicación.

Asimismo se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

6. Traslado del cuaderno particional u operaciones divisorias con oposición de las partes y comparecencia del art. 1086 LEC.

Como hemos expresado en el apartado anterior, todas las operaciones se pondrán de manifiesto en Secretaría por término de ocho días, haciéndolo saber a las partes.

La Ley señala que en los puntos en que hubiere discordancia entre los contadores, serán objeto de discusión y materia de resolución las operaciones practicadas por el dirimente (art. 1082). La oposición de las partes debe iniciarse pidiendo alguna de ellas dentro del plazo de ocho días, antes referido, que se le entregue los autos y las operaciones divisorias, para examinarlas. En la práctica esta oposición se ha equiparado y también debe entenderse efectuada cuando propuesto un solo cuaderno particional por el contador partidor, la división y adjudicación de los bienes se hace de forma alternativa, es decir, formulando dos proyectos distintos dentro del mismo cuaderno, y cada parte elige uno de ellos distinto al de la otra.

Si tal petición se produce, es decir, si la oposición se lleva a cabo, el Secretario dictará resolución acordando la entrega de los autos y de tales operaciones, con tal finalidad, concediéndole un plazo de quince días, bajo el apercibimiento contenido en el art. 1085 LEC, a que ya hemos hecho referencia en el apartado precedente (se aprobarán las operaciones como si hubiera conformidad o sin oposición).

En el supuesto de que transcurriera dicho plazo sin devolución de los autos y documentos debe aplicarse asimismo lo establecido en el art. 308 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya recogimos y del que hicimos un comentario al señalar la entrega de autos a los contadores partidores y que damos por reproducido.

Si dentro del plazo de los 15 días concedido se hubiere formalizado la oposición a las operaciones divisorias del contador dirimente, presentado el escrito pertinente por alguna de las partes, se dictará resolución por el Secretario, convocando a junta a los interesados y dicho contador, para lo cual se señalará día y hora, con citación de todos ellos.

Llegado el día y hora, serán oídas a presencia judicial las explicaciones que mutuamente se dieren las partes, para que acuerden lo que más convenga.

Si hubiere conformidad de todos los interesados respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado; es decir que, en este caso, se estima que lo procedente es suspender la comparecencia y mandar al contador dirimente que haga en las operaciones divisorias las reformas convenidas; levantándose la oportuna acta.

Asimismo se estima, pues nada dice la ley al respecto, que una vez que se presenten por el contador dirimente tales operaciones ya reformadas, deben ratificarse por los propios interesados, y dictar el Juez Auto aprobándolas y mandando protocolizarlas. Desde luego, actualmente, ya hemos visto que basta testimonio expedido por el Fedatario Público Judicial para la inscripción en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de protocolización.

Igualmente en este caso, como hemos expresado anteriormente y señala el art. 1092 LEC, aprobadas definitivamente las particiones, por cualquier procedimiento, se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos, por el actuario, notas expresivas de la adjudicación. Asimismo se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

Si no hubiere conformidad, se recogerá asimismo en el acta, dándose por concluida la comparecencia, y se acordará interesar de las partes insten la correspondiente demanda, a fin de dar cumplimiento al mandato legal de que se le dé al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, a que inmediatamente haremos referencia.

VII. JUICIO ORDINARIO QUE POR LA CUANTIA CORRESPONDA, PREVISTO EN EL ART. 1088 LEC.

Una vez concluidos los trámites establecidos para el juicio voluntario de testamentaría, si las partes no llegaran a un acuerdo sobre las operaciones divisorias efectuadas por el contador dirimente, es la propia ley la que remite a este juicio ordinario.

Incoado el mismo de las distintas maneras que se observan en la práctica, es decir, bien a continuación del procedimiento liquidatorio, bien como pieza separada dentro de éste, que parece es el más adecuado según nos señala nuestro Tribunal Supremo, o bien, de forma separada dándole nueva numeración, lo cierto es que este juicio presenta distintas particularidades que podemos reflejar en las siguientes cuestiones:

a) Competencia. Corresponde al mismo Juez que estaba conociendo del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, pues el nuevo procedimiento también forma parte integrante del mismo, por lo que debe ser el mismo juzgador el que lo conozca.

b) Naturaleza. No se trata de un juicio independiente, sino que está íntimamente ligado con el precedente de liquidación de la sociedad de gananciales (o de testamentaría, en su caso), de manera que los actos realizados en éste por las partes van a ser el punto de partida del nuevo juicio, limitando así tanto las actuaciones de las partes como el procedimiento mismo.

c) Objeto. Por aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sólo puede tener por objeto la impugnación de la partición practicada por el contador dirimente.

d) Tramitación. Se inicia o deben comenzar los traslados o emplazamiento inicial para contestar, por aquella parte que primero hubiere solicitado la entrega de las operaciones, conforme al art. 1084 LEC; es decir por el litigante que inició el trámite de impugnación de las operaciones divisorias.

Asimismo se le aplican las normas especiales respecto a la impugnación del avalúo contenidas en los arts. 1089 a 1091 de la LEC, pues si los interesados, prescindiendo del avalúo objeto de la impugnación por cohecho o inteligencias fraudulentas, practicaren otro dentro del término probatorio, el pleito será terminado por sentencia. En otro caso se suspenderá el fallo hasta que en la causa instruida, en virtud del testimonio librado una vez oído el Fiscal, recaiga sentencia firme.

En cuanto a todas estas cuestiones, como hemos dejado apuntado, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 8 de julio de 1995, 25 de mayo de 1996 y 31 de enero de 1996, ha reflejado claramente su postura en la forma

que antes hemos resumido. Efectivamente, como ejemplo, la primera sentencia señalada nos dice expresamente en sus fundamentos de derecho: “Con fecha 18 de abril de 1989, don ... promovió contra su esposa doña ... el juicio de menor cuantía de que este recurso dimana, por medio de demanda en la que, diciendo expresamente promover dicho proceso al amparo del artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y limitándose a transcribir parcialmente en ella las liquidaciones o cuadernos particionales formalizados por sus respectivos Contadores-partidores y también el formalizado por el Contador-partidor dirimente ..., pero sin dar a conocer, ni siquiera indiciariamente, los extremos en que discordaba de este último cuaderno particional (el del Contador-partidor dirimente), se limitó a postular que se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a aceptar la liquidación practicada por su propio Contador-partidor (el del demandante).

Con la expresada demanda el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Gijón (que es el mismo que venía conociendo del ya referido procedimiento) acordó la incoación de un proceso autónomo o independiente. La esposa demandada, en su escrito de contestación a la demanda, en el que se limitó a exponer las razones por las que creía que el piso le debía ser adjudicado a ella, pero no dio a conocer si estaba o no conforme con la liquidación practicada por el Contador-partidor dirimente, postuló se dicte sentencia por la que se condene al demandante a aceptar la liquidación practicada por su propio Contador-partidor (el de la demandada) ... el juicio ordinario que por la cuantía corresponda, a que se refiere el artículo 1088 de la ley de enjuiciamiento civil, que fue el promovido por el actor, según lo dice expresamente en el párrafo segundo del fundamento de derecho I de su demanda, surge únicamente cuando, habiéndose formalizado en tiempo hábil, por algún interesado, oposición a las operaciones divisorias del contador dirimente, en la junta correspondiente, a la que serán convocados todos los interesados y el propio contador dirimente (artículo 1086 de la citada ley), no hubiere conformidad de todos los referidos interesados respecto a las cuestiones promovidas, en cuyo supuesto, decimos, surge el referido juicio ordinario (artículo 1088), el cual solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente («empezando los traslados por aquellos que primero hubieren solicitado la entrega de las operaciones», preceptúa el citado artículo 1088), por lo que el demandante, aquí recurrente, ignoró lo anteriormente dicho, al promover este proceso sin mencionar los extremos en que disiente de la partición del contador dirimente y postular única y exclusivamente que se apruebe la partición (liquidación de la sociedad de gananciales) que hizo el contador-partidor que él designó, en cuya deficiencia le secundó el propio juzgado, al incoar dicho proceso con carácter totalmente autónomo e independiente del procedimiento particional que se había venido tramitando, olvidando el actor, como también luego la deman-

dada, que las particiones hechas por los contadores partidores designados, respectivamente, por ellos, al mostrar recíprocamente los interesados una absoluta disconformidad respecto de las mismas, quedaron ya totalmente periclitadas o precluidas (sin efecto alguno) y sustituidas por la que formalizó el contador dirimente (pues para dicho supuesto se le nombró, artículos 1070 y 1073 de la citada ley procesal), que es la única que puede ser impugnada por los disidentes (por múltiples causas, «ad exemplum»: falta de citación de alguno de los interesados a la formación del inventario; valoración arbitraria de los bienes; naturaleza privativa de alguno de los bienes incluidos en la partición; vicios de ésta, determinantes de su nulidad o rescindibilidad, etc.) y la única también que ha de prevalecer, bien con las rectificaciones de las irregularidades denunciadas, que hayan quedado probadas en dicho juicio ordinario, bien en su forma originaria (como la hizo el contador dirimente), si no se prueba ninguna irregularidad en la misma, como así lo ha entendido la sentencia recurrida, al igual que antes la de primera instancia, pese a la ya dicha anómala tramitación de este proceso como autónomo e independiente del procedimiento particional del que debía haber formado parte integrante, como pieza separada del mismo.

A través del que hemos llamado segundo submotivo, aunque mezclando confusamente su argumentación impugnatoria con la del que acabamos de examinar, parece que el recurrente quiere denunciar un quebrantamiento de forma, que hace consistir en que el Juzgado no le dio traslado de la reconvencción que, según dice, formuló la demandada en su escrito de contestación, con lo que se le privó, parece querer decir, de su derecho a poderla contestar. Este segundo submotivo también ha de ser desestimado, ya que si el juicio ordinario a que se refiere el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición practicada por el contador dirimente —una vez que, en la Junta que el Juez convoque al efecto, falte la conformidad de todos los interesados sobre las cuestiones promovidas (artículos 1086 a 1088 de la citada Ley Procesal)— resulta evidente que no cabe la posibilidad de formular reconvencción alguna en el mismo, toda vez que, por un lado, los interesados que disientan de la referida partición habrán de limitarse a exponer los motivos de su impugnación a la misma, «empezando los traslados por aquellos que primero hubiesen solicitado la entrega de las operaciones, conforme al artículo 1084» (cuyo precepto imperativo, que establece expresamente el artículo 1088, carecería totalmente de sentido, si el juicio ordinario a que el mismo se refiere fuera un proceso completamente autónomo y con libertad de objeto contencioso), cuyo requisito impugnatorio, además, no cumplió el actor, aquí recurrente, al promover este proceso, sino que formuló en el mismo la insólita pretensión de que se apruebe la partición hecha por el contador-partidor que él había designado, cuando dicha partición, como se dijo al desestimar el primer submotivo, ya había quedado totalmente excluida y sin efecto alguno, y, por otro lado (retomando el hilo de la argumentación que iniciamos más arriba),

aquellos otros interesados que no disientan de la partición hecha por el contador dirimente, si quieren hacer alguna alegación, habrán de limitarla exclusivamente, como es obvio, a exponer las razones por las que crean debe ser rechazada la impugnación de los disidentes y ser aprobada, lógicamente, la partición impugnada, requisito que tampoco cumplió la esposa demandada, pues en su escrito de contestación, sin plantear reconvencción alguna que, como se ha dicho, aquí no cabe, formuló la también insólita pretensión de que se apruebe la partición hecha por el Contador-partidor que ella había designado, cuya partición ya había corrido la misma suerte, antes dicha, que la realizada por el de su marido. [...] Después de insistir en las muy peculiares características del juicio ordinario al que se refiere el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que, como anteriormente ya se ha dicho, las partes en él intervinientes se configuran, más bien, como impugnantes (por alguna de las numerosas causas antes señaladas, por vía de ejemplo) y no impugnantes de la partición formalizada por el contador dirimente («empezando los traslados por aquellos que primero hubieren solicitado la entrega de las operaciones conforme al artículo 1084», según ordena el 1088, volvemos a insistir).”

VIII. PROCEDIMIENTO PARA LA PARTICION COMPLEMENTARIA

Independientemente del cauce procesal por el que se ha llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales, si después de confeccionada la relación de bienes o inventario, que podemos calificar de definitiva dentro del ámbito de cualquiera de los distintos procedimientos, aparecieren nuevos bienes o derechos omitidos, estimamos no hay inconveniente en que, incluso después de haberse aprobado judicialmente por conformidad de las partes (por supuesto también en caso de que se haya establecido con oposición), se proceda, a instancia de parte, a realizar los trámites oportunos, partiendo de un nuevo cuaderno particional donde aparezcan tales bienes, en base a lo dispuesto en el art. 1079 del Código Civil, el cual establece que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

Ello nos lleva a la denominada partición complementaria. Es esta una materia importante en la práctica, ya que carece de regulación procesal específica, y en la que merece la pena detenerse, exponiendo que tras la realización de cualquier inventario o relación de bienes en las distintas fases del procedimiento en que es admisible, es posible que surjan nuevos bienes o que se hayan podido omitir por alguna de las partes, consciente o inconscientemente, es decir, de buena o mala fe. También suele ocurrir la omisión de alguna carga de la sociedad, como hipotecas, embargos, etc.; o incluso meros errores materiales, en la descripción o en las cuotas de participación, etc. Por ejemplo, en algu-

nas ocasiones se alega que dada la tensión que se produce en los primeros momentos, no se recuerda todos los bienes, derechos, o cargas de la sociedad de gananciales. No obstante, puede ser por cualquier causa.

En este supuesto es necesario aplicar el mencionado art. 1079 CC, y ello implica el que sea necesario completar o adicionar la liquidación ya practicada por los cónyuges por consenso judicial o extrajudicial, o bien de forma contenciosa en virtud de resolución judicial.

Se puede producir durante el procedimiento de liquidación, es decir, bien tras el primer inventario previsto en el art. 1073 LEC, o después de la presentación del cuaderno particional conforme a los artículos 1074 y 1077 LEC. En el primer caso, se puede completar en el momento de la relación de bienes que ha de contener el cuaderno particional, y si tiene lugar después de éste, también es posible completar, con acuerdo de las partes, en la comparecencia prevista en el art. 1086 LEC, realizando el contador partididor dirimente las rectificaciones que sean precisas, que después se aprobarán judicialmente.

Pero la cuestión fundamental surge cuando ya se ha practicado la liquidación de la sociedad de gananciales, aprobada o impuesta judicialmente por cualquiera de los cauces procesales admitidos, y surgen con posterioridad nuevos bienes, derechos o cargas de la sociedad. Ante ello se plantean esencialmente dos cuestiones procesales: ¿ante qué juez debe presentarse? y ¿qué procedimiento se ha de seguir?

Producido tal evento, estimamos debe ser competente el juez que ya había conocido de la liquidación de la sociedad de gananciales, por cuanto que nuestro ordenamiento jurídico admite el completar o adicionar, sin que se rescinda la partición por lesión; lo que evidencia que se trata de una mera continuación de la misma liquidación, y por ende la competencia debe ser atribuida al mismo Juez que conoció, aprobó o decidió la liquidación que se pretende completar.

En lo que se refiere al procedimiento para completar o adicionar la liquidación, estimamos debe ser en el mismo en que se practicó ésta, teniendo en cuenta que como se ha expuesto se considera como una mera continuación de la liquidación, y resulta esencial que se tenga en cuenta las condiciones y circunstancias en que se realizó la repetida liquidación, en muchas ocasiones con características muy singulares o personales, sujetas al caso e incluso momento concreto, y evitando perjuicios para uno u otro cónyuge, en relación con la partición precedente de la que traen causa. En consecuencia, para que lo anteriormente postulado pueda llevarse a cabo, debemos encontrarnos ante las mismas partes, el mismo procedimiento, los mismos profesionales que actuaron (contadores partididores, dirimente, y peritos).

Si resulta contenciosa, presentado el oportuno escrito, debe ponerse en conocimiento de la parte contraria, y remitirse a los contadores partididores, contador partididor nombrado de común acuerdo, o al dirimente, para que realice el

nuevo cuaderno particional referido a la adición de los nuevos bienes, derechos o cargas, con su correspondiente valoración, liquidación, división, partición y adjudicación correspondiente, conforme a los arts. 1074 y 1077 LEC, y continuar por ende con los mismos trámites subsiguientes señalados en los preceptos concordantes, y que se han recogido a lo largo de esta exposición.

También se nos ha planteado esta cuestión, cuando la liquidación se realizó de forma conjunta con el procedimiento de separación de mutuo acuerdo, siendo por lo tanto aprobada junto con la sentencia principal; es decir, no había existido trámite alguno de liquidación conforme a las normas de la testamentaría. Había consenso en la liquidación, pero se habían producido divergencias para completarla o adiccionarla (concretamente la inclusión de una hipoteca sobre un inmueble de la sociedad que había sido omitida). En este caso, entendemos, se habrá de tramitar desde el inicio conforme a las normas de la testamentaría, y empezar por señalar la comparecencia prevista en el art. 1068 LEC y trámites subsiguientes, pues con anterioridad no se habían nombrado contadores partidores ni peritos, y no podía aplicarse el criterio recogido en el párrafo precedente.

En el supuesto de que la adición se efectúe de mutuo acuerdo entre las partes, la cuestión es bastante más simple, pues presentado el documento donde conste aquélla, basta con la ratificación personal de los interesados y su posterior aprobación judicial.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. DISCRIMINACION HIJOS ADOPTIVOS

Tribunal Constitucional. Sala 1.^a, Sentencia n.º 46/1999, de 22 de marzo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga Cabrera.

Procede declarar la nulidad de las resoluciones que denegaban una pensión de orfandad a un hijo adoptivo por la circunstancia de que la madre había fallecido antes de transcurridos dos años desde que se constituyó la misma.

ANALISIS DEL CASO

- Don José fue adoptado de forma plena por D. Ignacio y por su esposa D.^a María por medio de sentencia de 23 de marzo de 1993 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Asunción (Paraguay).
- La madre adoptiva falleció el 25 de julio de 1994, es decir, un año, cuatro meses y dos días después de la adopción.
- Solicitada la pensión de orfandad se desestimó por considerarse que no concurrían los requisitos temporales que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987.
- Interpuesta reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, se dictó resolución con fecha 6 de abril de 1995 desestimando la pretensión.
- Recurrída dicha resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 1996 desestimando el recurso.
- D. Ignacio interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987 señalaba que “a los efectos de este Texto, la relación paterno-filial comprende tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la legal por adopción. Para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción”. En base a dicho precepto fue denegada una pensión de orfandad a un hijo adoptivo. Aunque actualmente dicha normativa ha sido modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, quedando suprimido el requisito temporal en cuestión, el tema tiene su importancia por la limitada eficacia retroactiva de la misma.

1. Fundamentación del recurso de amparo.

Alega el recurrente que tanto las resoluciones administrativas recurridas como la sentencia que las confirma suponen una vulneración del art. 14 CE; infracción que conlleva, además, una lesión del art. 39.2 CE al consagrar este precepto la igualdad de los hijos ante la Ley cualquiera que sea su filiación, por lo que debe comprenderse no sólo la filiación por naturaleza, sino también la filiación por adopción, ya que si la Constitución hubiera querido referirse sólo a la filiación por naturaleza lo habría establecido expresamente. Por esta razón constituye una diferencia de trato incompatible con el art. 14 CE exigir que para que los hijos adoptivos tengan derecho a una pensión de orfandad sea necesario que hayan transcurrido más de dos años desde que se produjo la adopción hasta la muerte del adoptante. Esta diferencia normativa carece de justificación dado que ni tiene como finalidad consolidar la relación de filiación adoptiva, ni tampoco puede tener como objeto el tratar de establecer un plazo que garantice la certeza de la existencia de este tipo de filiación, ya que ésta viene determinada por la existencia de un

procedimiento previo que termina con la inscripción de esta clase de filiación en un Registro Civil, lo que aleja la posibilidad de fraudes o incertidumbres acerca del comienzo de la relación paterno-filial, de la identidad de los padres e hijo, etc.

Esta discriminación es consecuencia de la inconstitucionalidad del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, ya que considera el recurrente que es este precepto el que, al establecer como requisito para que los hijos adoptados puedan tener derecho a una pensión de orfandad el que el adoptante haya sobrevivido dos años desde que se produjo la adopción, introduce una diferencia de trato entre dos situaciones que el art. 39.2 CE considera iguales (filiación por naturaleza y filiación por adopción) contraria al principio de igualdad que consagra el art. 14 CE.

2. Tesis de la Administración para denegar la pensión.

El Abogado del Estado, en representación de la Administración, interesa la desestimación del recuso en base a los siguientes motivos:

a) La causa de denegación de la pensión de orfandad no se encuentra en ser el solicitante hijo adoptado, sino en la existencia de un precepto legal que condiciona la eficacia de la adopción a efectos pasivos a que el adoptante haya sobrevivido al adoptado, al menos dos años desde que se produjo la adopción.

b) El art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987 no puede ser considerado contrario a la Constitución. Para que pudiera entenderse que este precepto es contrario a los preceptos constitucionales invocados sería preciso que la premisa de la que parte el recurrente —que la Constitución ha equiparado los efectos entre la filiación por naturaleza y por adopción— fuera co-

rrecta, y según el Abogado del Estado no lo es. A su juicio, no puede entenderse que la Constitución imponga al legislador ordinario la institución de la adopción con la consiguiente equiparación de efectos con la filiación por naturaleza. Es más, en su opinión la Constitución no sólo no impone la existencia de la adopción como una forma de filiación, sino que, además, tampoco exige al legislador ordinario que, en el caso de que expresamente prevea la existencia de esta institución, le otorgue los mismos efectos que a la filiación por naturaleza. Si así fuera, el legislador sólo podría regular los aspectos formales de la adopción, pero no podría llevar a cabo ninguna regulación en la que se estableciese otro tipo de fórmulas intermedias, como puede ser el acogimiento o, como sucedía en la normativa anterior, se regularan distintos tipos de adopción (la adopción simple y la adopción plena), otorgando efectos diferentes a cada una de ellas. Conclusión, además, que, según expone el Abogado del Estado, se encontraría avalada por la STC 83/1983, en la que expresamente se sostiene que la existencia de dos regímenes diferentes de adopción no vulnera el principio de igualdad.

c) La pretendida equiparación de efectos que, según el demandante de amparo, deben tener las distintas formas de filiación conllevaría negar la eficacia limitadora de cualquier dato fundado en el estado civil. Como ejemplo cita las reglas que establecen los arts. 175 y ss. del Código Civil relativos a las condiciones de edad, matrimonio o parentesco que se estatuyen para los distintos casos de adopción.

d) El art. 39.2 CE, cuando se refiere a las distintas formas de filiación, lo que pretende es dar solución al problema de la filiación legítima e ilegítima y no equiparar la adopción a la filiación por naturaleza. Esta conclusión se fundamenta en dos argumentos diferentes. Primeramente, acude al propio tenor literal de este precepto constitucional. En su opinión, el art. 39.2 CE está refiriendo la misma igualdad que estableció para los hijos, cualquiera que sea su filia-

ción, a “las madres, cualquiera que sea su estado civil”; referencia que, a su juicio, no tendría sentido si hubiera de comprender a los hijos adoptados, ya que en la adopción la posición de los padres es idéntica. Junto a este argumento invoca otro de carácter sistemático que deduce del apartado tercero de este mismo precepto y, en concreto, del verbo empleado en este artículo: el Abogado del Estado entiende que al establecer el art. 39.3 CE el deber de los padres de asistir a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio está contemplando únicamente la filiación por naturaleza, ya que no es posible entender comprendidos en el sentido gramatical de este participio a los hijos adoptivos.

e) La exigencia de este requisito temporal, lejos de constituir una diferencia arbitraria, responde a un propósito de acercamiento de los presupuestos de la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, ya que trata de asegurar la estabilidad de la situación; situación “que en la filiación por naturaleza se da ‘per se’ y que en la adoptiva se asegura por medio del plazo”. Todas estas consideraciones le llevan a sostener que no existe la vulneración constitucional denunciada y por ello solicita la desestimación del recurso de amparo.

3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La cuestión planteada en el presente recurso de amparo consiste pues en determinar si la Administración, al denegar al demandante de amparo la pensión de orfandad por no cumplir el requisito temporal que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas de 1987 (que el adoptante haya sobrevivido, al menos dos años desde la fecha de la adopción) y posteriormente el órgano judicial, al confirmar esta Resolución, vulneraron el derecho a la igualdad del ahora quejoso. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que la lesión del derecho fundamental invocado tendría su origen en la norma cuya aplicación ha determinado este resultado.

Señala el Tribunal Constitucional que para poder pronunciarse sobre la vulneración constitucional alegada, es preciso comprobar, en definitiva, si este precepto legal, al establecer el referido límite temporal, consagra una discriminación respecto de los hijos adoptivos contraria al art. 14 CE.

La norma de la que traen causa los actos recurridos regula de forma diferente situaciones aparentemente iguales. Debemos enjuiciar si la diferencia creada por la Ley tiene un fundamento objetivo y razonable que legitime la desigualdad, ya que, como viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal, para que se produzca la quiebra del derecho a la igualdad no basta con se otorgue un tratamiento diferente a dos situaciones que puedan considerarse iguales, sino que también es preciso que la diferencia establecida por la norma esté desprovista de una justificación objetiva y razonable, y resulte desproporcionada. Veamos la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia:

— STC 22/1981: Acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cómo éste ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. “El art. 14 del Convenio Europeo — declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias— no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (fundamento jurídico 3).

— STC 75/1983: El principio de igualdad ante la Ley no constituye un valor absoluto o incondicionado (entre otras muchas, STC 134/1996). En el presente caso, empero, no puede considerarse que la desigualdad

creada por la norma reúna los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad necesarios para considerar esta desigualdad compatible con el art. 14 CE. Para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias —tenemos afirmado también— resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (fundamento jurídico 2).

— STC 144/1988: El principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 CE) opera, como tantas veces hemos dicho, en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (fundamento jurídico 1).

Según se deduce de las alegaciones del Abogado del Estado —que es quien defiende la constitucionalidad del diferente trato y, por tanto, a quien incumbe demostrar la razonabilidad y necesidad de la diferencia (STC 103/1983, fundamento jurídico 5, entre otras muchas)— la finalidad de la norma que establece el requisito temporal es asegurar la estabilidad de la situación. Pero esta explicación no es convincente. No debe exigirse en la filiación por adopción una estabi-

lidad que tampoco puede garantizar la filiación por naturaleza.

Desde otra perspectiva se ha alegado que el fin de esta exigencia era evitar posibles fraudes. Podría considerarse que, a través de esta medida, lo que trata de impedirse es que la causa de la adopción sea únicamente facilitar al adoptado una pensión de orfandad en lugar de constituir el vínculo familiar que es propio de esta institución. Ahora bien, el modo en el que el legislador reguló esta cuestión resulta claramente desproporcionado: con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este periodo. Fraude, por otra parte, que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso éste que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera humanamente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta.

Esta forma de proceder el legislador no resulta razonable. Además de presumir que se ha actuado en fraude de Ley, establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencia de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE).

Tenemos, por tanto, que al no considerar que la desigualdad creada por la norma sea proporcionada al fin perseguido por la misma, esta diferencia debe considerarse contraria al art. 14 CE. Tan contraria a la igualdad, ha afirmado este Tribunal, es “la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad” (STC 209/1988).

Todo cuanto se ha expuesto nos lleva a concluir que el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, contenía una discriminación respecto de los hijos adoptivos que pugna con el principio constitucional de igualdad ante la Ley (art. 14 CE).

Una vez estimado el recurso de amparo, por considerar que la Ley aplicada lesiona el derecho fundamental a la igualdad del quejoso (art. 14 CE), y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC, procede elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987. Pues, por más que el precepto que contiene la discriminación apreciada ha sido modificado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, quedando suprimido el requisito temporal en cuestión, dicha reforma legislativa sólo prevé una limitada eficacia retroactiva, que no permite descartar la posibilidad de que se mantengan situaciones discriminatorias similares a la resuelta en el presente recurso.

4. Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Estoy de acuerdo con la parte dispositiva de la Sentencia. Considero, sin embargo, que la argumentación jurídica resulta incompleta, pues, a mi entender y así lo expuse en la deliberación de la Sala, debió dedicarse un fundamento jurídico al cambio operado en el tratamiento legal de la adopción, después de la reforma del Código Civil de 1987. Sólo con una referencia expresa a este cambio es comprensible, además, que quince años atrás (STC 33/1983) este Tribunal Constitucional sostuviese que una modalidad de adopción no era equiparable a la filiación por naturaleza o biológica.

1. La equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza será un imperativo constitucional en la medida en que sustancialmente pueda calificarse la adop-

ción como una forma de filiación. Así ocurre en el régimen de adopción que se encuentra vigente en el momento en el que se resuelve el presente recurso. A tenor de lo dispuesto en el art. 108 del Código Civil y, en general, de lo que se deduce de la regulación de la institución que efectuó la Ley 21/1987, la filiación comprende tanto la filiación por naturaleza como la adoptiva.

Esta nueva manera de concebir la adopción en el texto legal sintoniza con lo establecido en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de marzo de 1993, ratificado por España, con entrada en vigor aquí el 1 de noviembre de 1995. Según el art. 26.1 de tal Convenio, “el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento: A) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos...”.

2. No ocurría lo mismo, empero, con anterioridad a la reforma legal que se acaba de señalar. La normativa vieja distinguía entre la adopción plena y la simple, equiparando únicamente la adopción plena a la filiación por naturaleza. Éste fue el motivo por el que la STC 33/1983 consideró que la denegación de la pensión de orfandad a un adoptado de forma simple no vulneraba el principio de igualdad, ya que el legislador partía de dos formas diferentes de adopción con regímenes jurídicos también distintos.

El legislador puede establecer una institución a la que denomine adopción y, sin embargo, no la considere realmente una forma de filiación, tal y como ocurría, por ejemplo, con la adopción simple; forma de adopción que estuvo vigente en nuestro Derecho hasta la reforma de 1987 y sobre la que expresa-

mente se pronunció este Tribunal (STC 33/1983). Según se mantuvo en esta Sentencia, la diferencia de trato de los hijos adoptados de forma simple en relación con los adoptados de forma plena no vulneraba el art. 14 CE, ya que los regímenes de la adopción plena y la simple eran distintos por lo que se consideró compatible con este derecho fundamental que de ellos nacieran efectos de desigual contenido para algunos adoptados respecto a los hijos biológicos.

Sin embargo, en este momento —tal y como se ha señalado— sólo existe una modalidad de adopción; modalidad, además, a la que se reconoce los mismos efectos que a la filiación por naturaleza. Por ello y dados los términos en los que nuestro ordenamiento jurídico regula actualmente la adopción, debe considerarse una forma de filiación. Este Tribunal tiene dicho que “la igualdad ha de valorarse en cada caso teniendo en cuenta el ámbito jurídico sustantivo de relaciones en que se proyecte” (SSTC 209/1988 y 134/1996).

3. Vista la adopción como una clase de filiación, los hijos adoptivos y los hijos biológicos son iguales ante la Ley, con “independencia de su filiación” (art. 39.2 CE). Las situaciones alegadas por el recurrente como términos de comparación reúnen los requisitos de identidad necesarios para efectuar un juicio de igualdad (art. 14 CE).

La violación del principio de igualdad entre hijos biológicos e hijos adoptivos, que se estima en la Sentencia, se ve mejor, en mi opinión, con estas consideraciones sobre el presente tratamiento legal de la adopción. La equiparación completa, en definitiva, puede estimarse que es una premisa obligada del fallo.

I. UNIONES DE HECHO

1. *Liquidación de bienes tras el cese de la convivencia.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 23 de julio de 1998.

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

Cuando exista una unión de hecho, la comunidad patrimonial derivada solo surgirá si quienes deciden unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes, lo cual queda acreditado por la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de la existencia de esa comunidad, y con la clara intención o designio de que ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados.

ANALISIS DEL CASO

- Don Aurelio y doña Teresa estuvieron conviviendo “more uxorio” desde el año 1977 a 1992.
- Don Aurelio instó demanda de menor cuantía contra doña Teresa solicitando se dictase sentencia declarando: 1) Que el piso sito en C/ Fraga y el local sito en C/ Las Heras son propiedad por iguales partes y “pro indiviso”, por título de compra, de don Aurelio y doña Teresa. 2) Que procede declarar la nulidad, cancelación o corrección, de los asientos registrales existentes sobre las citadas fincas, por figurar al exclusivo nombre de la demandada, declarando a su vez la procedencia de nueva inscripción a nombre de don Aurelio y doña Teresa por mitad e iguales partes indivisas. 3) Que, igualmente, la titularidad del derecho de traspaso del Bar sito en C/ Mayoral,

corresponde a ambos por iguales partes, al igual que los bienes muebles, y enseres, adquiridos durante los años que duró la convivencia entre ambos.

- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y formulando reconvencción en la que solicita que se declare la nulidad del documento de fecha 18 de febrero de 1988, en el que se hace constar la existencia de la convivencia y el carácter común de los bienes.
- Conferido traslado a la parte actora del escrito de reconvencción, contestó ésta a la mencionada reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando sentencia que desestime íntegramente la demanda reconvenccional formulada en nombre de doña Teresa, declarando no haber lugar a la nulidad del documento reseñado, y condenando a la demandada a las costas por su temeridad.
- El Juzgado de Primera Instancia número Once de los de Zaragoza dictó sentencia el día 8 de noviembre de 1993 estimando parcialmente la demanda y declarando que el piso sito en la C/ Fraga y el local sito en la C/ Las Heras son propiedad “pro indiviso”, por título de compra de don Aurelio y de doña Teresa; que la titularidad del derecho de traspaso del Bar sito en la C/ Mayor al corresponde a los litigantes, de forma “pro indiviso” al igual que el vehículo reseñado en las actuaciones. Por lo que respecta a la demanda reconvenccional fue desestimada en su integridad.
- En grado de apelación, la sección quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 10 de mayo de 1994 desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia de instancia.
- Doña Teresa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Nuevamente llega al Tribunal Supremo un supuesto relativo a las consecuencias patrimoniales de la convivencia “more uxorio”. Como en casos anteriores, la cuestión se centra en determinar en primer lugar si realmente ha existido dicha convivencia y en segundo lugar si en los convivientes existía la voluntad expresa o tácita de formar un patrimonio común. Respecto a la primera de ellas, está acreditado y además no ha sido objeto de discusión que ambos convivieron unidos desde el año 1977 hasta 1992. En cuanto a la segunda, tanto la sentencia dicta-

da por el juzgado de instancia como la de la Audiencia Provincial consideraron acreditada la voluntad de formar el patrimonio común con base en lo siguiente:

— Los litigantes han convivido desde el año 1977 hasta el año 1992, de forma diaria estable, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, concretadas en el reconocimiento legal de su hijo al que mantuvieron y educaron; la existencia y manejo de cuentas bancarias, así como la compra de bienes pro-

ducto de sus actividades negociales compar-tidas determina que se ha generado la existencia de un patrimonio común, el cual como consecuencia del cese de la relación de convivencia es objeto de la petición formulada en la presente demanda, y que se concreta al piso adquirido en la calle Fraga en el año 1982, al local situado en C/ Las Heras en el año 1978, al derecho de traspaso del local arrendado en la C/ Mayoral el año 1988, así como los bienes muebles y enseres adquiridos durante el tiempo que duró la convivencia (Fundamento jurídico séptimo de la sentencia de instancia).

— En el litigio ha quedado acreditado de la documental aportada consistente en hasta 7 cartillas bancarias que figuraron a nombre de ambos litigantes, varios contratos privados, entre los que se encuentra la compra del piso de la C/ Fraga cuya propiedad común se solicita, en la que actuaban conjuntamente y con el mismo interés, y, en la confesión judicial practicada en la persona de la demandada, ésta reconoció que desde el año 1978 conviven juntos y que desde entonces abren las cartillas bancarias a nombre de los dos, que en dichas cartillas era ingresada la pensión que disfrutaba el actor, que el piso de la C/ Fraga, cuyo carácter común se reclama, fue comprado durante la convivencia, que se pagó con dinero sacado de las cartillas, que el local de la C/ Fraga cuya participación en el derecho de traspaso se reclama, fue montado por el actor y después traspasado a la hija de la demandada, y, especialmente que, como puede desprenderse de la posición 14, los litigantes se dedicaban a abrir bares para traspasarlos cuando estos comenzaban a funcionar, empresa que realizaban conjuntamente, como se desprende de la testifical prestada por la parte actora...; por lo tanto, sobresaliendo de lo anterior, se acredita la existencia de una actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos, que ponían en común los rendimientos obtenidos por propia decisión de donde ha de inferirse la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal (funda-

mento jurídico tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial).

— Documento núm. 96 de la demanda por el cual doña Teresa declara, que ha convivido durante más de once años con el actor, y que durante estos años de convivencia han tenido unos bienes gananciales que en la actualidad son los indicados anteriormente.

Doña Teresa mediante demanda recon-vencional solicita que se declare la nulidad de dicho documento por error en la firma y falta de consentimiento, ya que es evidente, pues, que por la persona demandada se igno-raba lo que se escribió porque no sabe leer, aduciéndose una serie de circunstancias para demostrar que efectivamente, hubo mani-fiesta ausencia de su consentimiento en la suscripción de dicho documento, y que, por tanto, en caso alguno, puede tenerse como vinculante para ambas partes. La sentencia del juzgado de instancia, confirmada por la Audiencia Provincial señalaba que “Se expresa que doña Teresa prácticamente no sabe leer ni escribir, sin embargo al practicar la prueba de confesión judicial el proveyente infiere lo contrario y pudo comprobar cómo reconocía los documentos así como el conte-nido de los mismos, y es más, al llegar el mo-mento de mostrar el litigioso, lo reconoció así como la firma, manifestando en cuanto al contenido, no que nunca lo había visto hasta el momento de presentar la demanda, sino que no sabe si su contenido es cierto o no. De las actuaciones se desprende que doña Tere-sa, es una mujer emprendedora, que está acostumbrada a la celebración de numerosos contratos como todos los aportados en autos debido a su actividad negocial, así como co-nocedora de las consecuencias del documen-to suscrito por la misma. Que dicho docu-mento se firma tras numerosos años de con-vivencia y compraventas de bienes inmuebles realizadas por la pareja a nombre de los dos, con la firma de ambos” (funda-mento jurídico octavo de la sentencia de ins-tancia).

Respecto al vicio alegado en el documen-to suscrito por la recurrente, señala el Tribu-nal Supremo que el motivo decae, pues, para

ello, no sólo debe reproducirse cuanto la Sala sentenciadora considera procedente para ratificar el recto razonamiento que hace el Juzgado de Primera Instancia en su F.J. 8.º, sino que, como es sabido, en torno a los vicios del consentimiento, en principio, debe prevalecer la recta convicción de la Sala sentenciadora, en los términos, entre otros, reproducidos en Sentencia de 18-VII-96: “La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento —art. 1265—, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida...”.

El resto de los motivos del recurso son los siguientes: en el motivo segundo se denuncia la inaplicación del art. 1282 CC, respecto a las normas de interpretación en los contratos, en el sentido de que para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores, y al respecto se aduce básicamente que la convivencia de las partes se ha tenido en cuenta para determinar la decisión de la Sala, siendo simplemente un hecho, no una prueba acerca de la intención que éstos tuvieran en cuanto a los bienes, y por lo que se refiere a la posesión conjunta de cartillas y la explotación de establecimientos hosteleros, son consecuencia lógica de esa convivencia; en el motivo tercero, se denuncia la indebida aplicación analógica del art. 1355 del CC, pues el caso que nos ocupa se trata de una relación “more uxorio”, que no puede ser considerada legalmente como matrimonio, y por tanto no es procedente aplicar la disposición analógica del art. 1355 CC; el motivo cuarto denuncia la inaplicación del art. 1346.1.º, en relación con el ordinal 3.º del CC, y sigue insistiendo

sobre la inaplicación de lo dispuesto en este artículo, que es un artículo de sede ganancial; el motivo quinto denuncia la inaplicación del art. 1354 CC, por iguales consideraciones; el sexto, el 1675.2 CC, que reenvía al motivo primero sobre el controvertido documento, y por lo tanto, igualmente ha de rechazarse; el motivo séptimo denuncia la inaplicación del art. 38 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a la petición de nulidad de los correspondientes asientos registrales; el octavo denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial que refrenda la tesis de esta parte según la cual el reconocimiento de la firma en un documento y el reconocimiento de su contenido no implica la admisión de la veracidad intrínseca del mismo, y en relación también con el documento a que se contrae el motivo primero, que deberá rechazarse por las mismas argumentaciones; el motivo noveno denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial, y se cita la sentencia de 23 de febrero de 1993, referida a la sociedad de gananciales; el motivo décimo igualmente censura la Sentencia, puesto que se mantiene el criterio contrario a la aplicación del régimen de gananciales a la convivencia mantenida por mi mandante con el actor, que la sociedad de gananciales no se debe de aplicar puesto que se trata de un régimen económico exclusivo del matrimonio; el motivo undécimo denuncia de nuevo la aplicación del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Pues bien, todos y cada uno de los motivos alegados son rechazados por el Tribunal Supremo, siguiendo en particular la tesis imperante y reiterada en esta Sala, fundamentalmente la Sentencia de 21-X-1992:

«... Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al “libre desarrollo de la personalidad”: art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio

(STC 19/90, de 19-XI y Auto 156/87 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del CC) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por “analogía legis”, que aquí no se da, sino por “analogía iuris”, de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (“more uxorio”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de ganancias, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados lo que, por su pacto expreso o por sus “facta concludentia” (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho...»

En definitiva, y sin perjuicio de entender que la unión de hecho “more uxorio”, en ca-

so alguno puede equipararse a un consorcio matrimonial y que, por tanto, no debe aplicarse en literalidad la normativa respecto a los regímenes económicos matrimoniales y fundamentalmente el de la sociedad de ganancias, es claro, que cuando —como en autos— exista tal unión de hecho, la comunidad derivada solo surgirá si quienes decidan unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes, tal y como efectivamente, ha quedado acreditado por la recta convicción de la Sala sentenciadora, que, en detalle pormenorizado, recogido en el F.J. 3.º, no duda en considerar que la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos...; se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar, que en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de la existencia de esa comunidad, y con la clara intención o designio de que ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados y, con independencia de que se apliquen en lo concerniente, normas que pudieran ser de una proyección analógica a cualquier régimen económico atinente; criterio el así decantado ya jurisprudencialmente que no implica, se repite, que estas parejas se acojan literal y a seguido el correspondiente régimen económico matrimonial, sino que por tratarse de esa unión de hecho o “uniones civiles”, vivificadas o integradas por el recto designio de esa participación común, acervo común y designio común, debe atribuirse por igual a cada uno en conjunto de las resultas económicas de esa convivencia mantenida durante tiempo y tiempo e integrada a través de un pacto expreso o por esos “facta concludentia”.

II. FILIACION

1. FILIACION ADOPTIVA

1.1. *Acción de extinción de la adopción.*

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

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

No procede declarar extinguida la adopción constituida conforme a la legislación anterior, ya que no se ha acreditado que hubiese existido simulación del adoptante al prestar el consentimiento y que la adopción constituida fuese en contra de los intereses del menor.

ANALISIS DEL CASO

- El día 17 de julio de 1982, doña Isabel dio a luz a un niño, inscrito como don Román A.G. en el Registro Civil de Barcelona, expresando en la inscripción que “no consta” la identidad del padre, y la inexistencia del matrimonio de la madre.
- Don José, tío materno de la actora, promovió expediente de adopción del menor, en el que se dictó auto aprobatorio en 25 de abril de 1983, constando en el expediente acta en la que la actora expresó su consentimiento, de fecha 23 de marzo de 1983.
- El 28 de febrero de 1983, ante el Registro Civil de Barcelona, en el que no se había inscrito la adopción, el menor es reconocido como hijo por don Antonio, con la aquiescencia de la madre, e inscribiéndose tal filiación no matrimonial, pero por sentencia de 18 de marzo de 1985 se decretó la nulidad del reconocimiento referido.
- Tras el auto aprobatorio de la adopción, el 25 de febrero de 1984 se otorgó la escritura pública correspondiente ante Notario en Barcelona. El 19 de febrero de 1989 tuvo acceso al Registro Civil el instrumento público expresado, practicándose inscripción de la adopción, y consignándose como apellidos del menor los de G.A.

- La actora y su hijo vivieron juntos, dependiendo de la familia materna, hasta el año 1989, cuando aquella pasó a convivir con quien luego contraería matrimonio. El menor ha estado al cuidado de doña María y doña Antonia, sus tías-abuelas, desde que la madre salió de la casa de éstas en 1989, hasta el inicio del curso escolar 1992/1993, fecha en la que el menor pasó a residir con el demandado (tío-abuelo y padre adoptivo), alternando sus cuidados con las mentadas doña María y doña Antonia. El menor siempre ha mantenido la relación materno-filial con su madre, si bien, desde que ésta pasó a convivir con su actual esposo, la relación ha sido de fines de semana alternos, y dos tardes entre semana. Los gastos del menor vienen siendo sufragados por sus abuelos, tías-abuelas y padre adoptivo.
- Doña Isabel (madre del menor) interpuso demanda de menor cuantía contra don José ejercitando la acción de extinción de la adopción del menor don Román, fundamentando su petición en la falta de intervención en el expediente de constitución de la adopción y en la falsedad de la firma que, como suya, aparecía en el acta.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 14 de Barcelona dictó sentencia el 14 de julio de 1993, estimando la demanda y declarando la nulidad de la constitución de relación filial de adopción plena autorizada por el mismo juzgado por auto de 25 de abril de 1983 y otorgada ante un Notario de Barcelona el 25 de febrero de 1989, extinguiendo, en consecuencia los efectos de la misma respecto al menor, nacido el 17 de julio de 1982, que recuperará su filiación y apellidos originarios de la inscripción de nacimiento, restableciendo a la actora en la patria potestad sobre el mismo.
- En grado de apelación, la Sec. Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 31 de enero de 1994 estimando íntegramente el recurso de apelación y revocando la sentencia de instancia, declaró que no había lugar a la extinción de la adopción.
- Doña Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Insta la madre biológica la acción de extinción de la adopción prevista en el art. 180 del CC y para ello se basa en dos motivos:

1. Simulación del consentimiento por parte del adoptante.

Sostiene la madre que tras la práctica de las pruebas se constata la existencia de simu-

lación del consentimiento por parte del adoptante en el acto de la adopción, pues no tuvo intención de crear un vínculo paterno-filial con el adoptado, sino, únicamente, dotar de protección económica al adoptado ante el temor de actitudes desaprensivas que pudiera sufrir. El Tribunal Supremo desestima el motivo ya que *la recurrente pretende*

examinar y valorar la prueba practicada, lo que no es posible en casación, especialmente, a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, por lo que a ese respecto permanecen inalterables los hechos estimados acreditados, y, asimismo, en el motivo primero se incurre en el defecto omisivo de no citar las concretas normas jurídicas supuestamente infringidas en relación con la nulidad de consentimiento aducido, puesto que los mencionados artículos 3.1 y 1.4 del Código Civil, son de naturaleza genérica. Por otro lado, de los hechos estimados acreditados no se desprende la existencia de simulación del consentimiento por parte del adoptante —cuestión esta que es de hecho y compete su apreciación al Juzgador—, y, además, dicho problema podría tratarse de una cuestión nueva puesto que en la demanda lo alegado fue que la actora —ahora recurrente— no intervino en el expediente de adopción y era falsa su firma en el acta que recogió su consentimiento, cuyos particulares no resultaron acreditados.

2. Vulneración del principio de interés del menor.

Entiende la recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se aparta de los criterios jurisprudenciales relativos a la adopción, al no tener en cuenta la prioridad de los intereses del menor, así como las circunstancias concretas del caso de autos y si se hubieran analizado las circunstancias concurrentes, tanto en relación al adoptante y la madre biológica, se habría llegado a la conclusión de que la convivencia con el entorno familiar del adoptante es negativa para el desarrollo de la personalidad y educación

del menor. El motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo con la siguiente argumentación jurídica: *Indudablemente, el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente, para el menor, declaraciones éstas que se recogen en la sentencia de 20 de abril de 1987, no así, en la de 12 de noviembre de 1988, y, desde luego, los intereses del menor deben prevalecer en la adopción. Ahora bien, semejante planteamiento implica una cuestión de hecho a apreciar por el Juzgador con apoyo en el resultado probatorio, el cual, en el caso que nos ocupa, y atendiendo, una vez más, al conjunto de hechos acreditados, no permite aseverar que la adopción del menor fuera desfavorable a sus intereses, sin que el Tribunal “a quo” hubiera formulado juicio u opinión explícita al respecto, pero, al propio tiempo, no puede atribuírsele un desconocimiento o ignorancia acerca del interés del menor, como puede comprenderse con la lectura del fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida que fue del siguiente tenor: “La presente resolución no afecta a la constitución, en el futuro inmediato, de la tutela, que deberá tener en cuenta la situación familiar que rodea al menor, que ha ejercido y/o ejerce la efectiva guarda de éste, incluida la relación existente en el presente con la madre biológica, conforme con el artículo 222.1.º y concordantes del Código Civil, especialmente los 224, 231, 234 y 235”.*

2. RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD

2.1. *Existencia de relaciones sentimentales entre las partes y negativa a someterse a la prueba biológica.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 1998.

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

La conclusión probatoria de la existencia de las referidas relaciones amorosas o sentimentales entre la demandante y el demandado y la pertinaz e injustificada negativa del mismo, en las dos instancias, a someterse a la prueba biológica, hace llegar a la correcta conclusión de considerar probada la paternidad del demandado.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Urbelia formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Fermín, sobre reconocimiento de paternidad, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que el demandado es el padre del menor Marcos, nacido el día 28 de junio de 1982 y que se fije en 25.000 pts. la cuantía de la pensión alimenticia.
- El demandado se personó en autos oponiéndose a la demanda y planteando la excepción de falta de legitimación activa.
- Con fecha 16 de julio de 1991, el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia en fecha catorce de marzo de mil novecientos noventa y cuatro; estimando el recurso de apelación, declara que don Fermín es el padre biológico del menor Marcos, y fijando la cuantía de la pensión alimenticia en la cantidad de 10.000 pts. con su correspondiente actualización con arreglo al IPC.
- Don Fermín recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como ya viene siendo usual en este tipo de recursos la impugnación del recurrente se dirige a la vulneración del art. 1253 del CC y del artículo 39.2 de la Constitución Española, además de las distintas resoluciones del Tribunal Supremo que han desestimado la acción de reclamación de paternidad.

El recurrente en casación entiende que se ha vulnerado el art 1253 del CC (“Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”) ya que de los hechos de la sentencia recurrida no puede deducirse, según las reglas del criterio humano, la paternidad del demandado con respecto al hijo de la actora. Pero la sentencia aquí recurrida, como señala el Tribunal Supremo, no declara la litigiosa paternidad del demandado con base en la prueba de presunciones, como equivocadamente aquí afirma el recurrente, sino con apoyo en lo siguiente:

a) Existencia de relaciones amorosas o sentimentales ente la actora y el demandado al tiempo de la concepción del menor.

La sentencia aquí recurrida, tras la valoración de la prueba documental y testifical practicada en el proceso, llega a la conclusión de que entre la actora doña Urbelia (madre del menor Marcos) y el demandado don Fermín existieron unas relaciones sentimentales o amorosas, con la fundada probabilidad de las consiguientes relaciones sexuales entre ellos, cuya conclusión probatoria la obtiene de la posesión por la actora de dos fotografías del demandado y de las señas (dirección postal) de éste cuando se hallaba

prestando el servicio militar y de la coincidencia del período en que el hijo fue concebido con el permiso de 1 mes y medio de que el demandado disfrutó durante la prestación de dicho servicio militar, así como de la prueba testifical practicada en el proceso. Con base en todo ello, unido a la injustificada y pertinaz negativa del demandado, tanto en 1.^a, como en 2.^a instancia, a someterse a la prueba biológica, la sentencia aquí recurrida declara probada la paternidad del demandado con respecto al menor Marcos Antonio.

Por consiguiente, la conclusión probatoria de la existencia de las referidas relaciones amorosas o sentimentales entre la demandante y el demandado (determinantes de las subsiguientes relaciones sexuales) no la ha obtenido la sentencia recurrida por medio de la prueba de presunciones, sino a través de la valoración de las pruebas directas obrantes en el proceso (documental y testifical).

b) Persistente e injustificada negativa del demandado, tanto en primera, como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica.

Esta negativa, según reiterada doctrina de esta Sala, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una “ficta confessio”, sí constituye un valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra, como en el presente caso ocurre, con otras pruebas que conduzcan al juzgador a declarar la existencia de unas 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, en cuanto posiblemente determinantes de la paternidad reclamada.

2.2. Reclamación de filiación paterna.

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

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

Procede declarar la filiación paterna en base a la existencia de relaciones y trato estrecho entre actora y demandado en la época de la concepción. La fijación de alimentos, por su carácter cautelar y, por ende, provisional no es susceptible de acceder a la casación.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Amparo, actuando en representación legal de su hijo menor de edad Tomás Eduardo, formuló demanda de menor cuantía en reclamación de filiación no matrimonial, contra don Tomás solicitando que se reconozca la relación de filiación que une al demandado como padre y progenitor de su hijo y que se fije una pensión alimenticia en su favor de 200.000 pts. mensuales con sus correspondientes actualizaciones.
- Don Tomás se personó en autos y contestó a la misma solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.^a Primera Instancia número Tres de Murcia dictó sentencia el día 11 de mayo de 1993, estimando íntegramente la demanda y declarando que Tomás Eduardo es hijo del demandado, con todos los pronunciamientos inherentes, incluido el previsto en el artículo 111.2 del Código Civil (privación de la patria potestad) condenando al demandado a que abone en concepto de alimentos la cantidad de 90.000 pesetas mensuales, que entregará a la actora por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y que será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo fijado oficialmente.
- En grado de apelación, la Sec. Primera de la Audiencia Provincial de Murcia dictó sentencia el día 2 de febrero de 1994, desestimando el recurso interpuesto por don Tomás, si bien elevaba a 125.000 pts. la cuantía de la pensión alimenticia.
- Don Tomás interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose practicado la prueba biológica con el resultado de una probabilidad de paternidad del 99,97%, el recurrente impugnó la sentencia de la Audiencia en base a dos motivos:

- a) Falta de acreditación de la existencia de relaciones entre el demandado y la parte actora.

Alega el recurrente la infracción del artículo 135 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del TC de 15 de noviembre de 1990 ya que no ha resultado probada la existencia de relaciones sexuales entre la actora y el recurrente. Señala el Tribunal Supremo que el motivo, en el que se trata de hacer una apreciación de la prueba contradictoria de la hecha por el juzgador de instancia, lo que no es factible en casación, ha de ser desestimado. La Ley admite en esta clase de procedimientos dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, de las que el artículo 135 hace una enumeración abierta. Afirmado por la sentencia recurrida que “la ponderación de los restantes elementos probatorios no autoriza a otras conclusiones, cuando el grado de inferencia que conduce a establecer el reconocimiento presupuesto de la fi-

liación por las circunstancias concretas en que el hijo cuya paternidad se reclama se hallaba en el seno de la sociedad o de la familia, según acaba de razonarse, se conjuga con la existencia de relaciones y trato estrecho entre actora y demandado en la época de la concepción”, y dado el resultado de la prueba biológica practicada, con una probabilidad de paternidad del 99,97%, es decir, de paternidad prácticamente probada, no son necesarias mayores argumentaciones para poner de relieve la carencia de fundamento del motivo que, como se anunció, ha de ser desestimado.

- b) Cuantía de los alimentos.

Un número considerable de los preceptos tanto sustantivos como procesales que cita el recurrente van dirigidos a impugnar las resoluciones que fijaron alimentos provisionales a favor del hijo cuya filiación se reclama, señalando al respecto el Tribunal Supremo *que dichas resoluciones por su carácter cautelar y, por ende, provisional no son susceptibles de acceder a la casación.*

3. IMPUGNACION DE PATERNIDAD

3.1. *Impugnación de paternidad declarada judicialmente en base a los adelantos científicos.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 19 de junio de 1998.

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

Aun habiendo cambiado sensiblemente la legislación en esta materia y cualquiera que sean los adelantos científicos sobre la investigación de la paternidad, en materia como la controvertida de estado civil, la sentencia, ya firme dictada, no sólo adquiere el valor de cosa juzgada, sino que tiene una eficacia “erga omnes” indubitada, y “ex lege” y no cabe oponer sino la posibilidad legal de atacar la firmeza por medio de la demanda de revisión y nunca por la creación de un proceso en que se hubiera de resolver en sentido contrario de lo ya resuelto en el que produjo una sentencia firme.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Manuel Felipe P.L. falleció el día 11-IV-67, sin cónyuge y sin testamento, teniendo cuatro hermanos de doble vínculo, doña María Carmen, don José, doña Divina Primera y don Manuel P.L.
- Con fecha 19 de junio de 1968 se dictó sentencia en el Juzgado de Muros por la que se declaró que don Manuel CC era hijo natural del fallecido Manuel Felipe P.L. y como tal tenía derecho a usar como primer apellido el de “P.”.
- Con fecha 27 de enero de 1969 se dictó otra sentencia en el Juzgado de Muros en virtud de la cual se declaraba que doña María Teresa L.P. era hija natural del fallecido don Manuel Felipe P.L., teniendo derecho a usar como primer apellido, el de “P.”.
- Los hermanos del fallecido instaron demanda de mayor cuantía contra don Manuel P.C., doña Carmen CC, doña Carmen L.P. y doña María Teresa P.D. y contra el Ministerio Fiscal, impugnando la paternidad y la declaración de herederos.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Corcubión dictó sentencia con fecha 6 de octubre de 1988 desestimando la demanda con el siguiente fundamento jurídico: “Planteada en el presente caso la excepción de cosa juzgada en base a que la cuestión de fondo objeto de este proceso fue ya resuelta en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Muros, seguido por los aquí demandados contra los demandantes, se aprecia la concurrencia de las ya conocidas tres identidades de cosas, causas, personas de los litigantes y calidad en que lo fueron, por lo que la presunción de cosa juzgada surte efecto en el presente juicio, conforme determina el art. 1252 del CC, y en acogimiento de la misma, no se entra en el estudio de la cuestión de fondo desestimándose la demanda y absolviendo a los demandados en la instancia”.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia con fecha 20 de julio de 1991 desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia de instancia.
- La parte actora interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son los argumentos que alegan los recurrentes en casación para atacar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, por un lado el aspecto formal referido a la

inexistencia de cosa juzgada y por otro, desde un punto de vista material, apelando al principio de la libre investigación de la paternidad.

1. Aplicación de la cosa juzgada.

La demanda fue desestimada por haber acogido la excepción de cosa juzgada alegada por el demandado, sin embargo, la parte actora sostiene que la interposición de este recurso de casación no es temeraria, a pesar de la aparente contundencia con la que se expresan las sentencias de instancia, ya que considera que concurren dos circunstancias que si consideradas de forma aislada cada una de ellas, probablemente serían insuficientes para desestimar la excepción de cosa juzgada, otra cosa puede suceder si se contemplan conjuntamente, pues, una se puede apoyar en la otra; así, en primer lugar, no puede decirse que exista la triple identidad que requiere el art. 1252 del CC, y se analizan las personas intervinientes en uno y otro proceso, concluyéndose que en cualquier caso, jamás han contendido los hoy demandantes con doña María Teresa P.D. sobre su filiación paterna, que es lo que hoy se dilucida, por lo que no cabe apreciar respecto de ella la excepción de cosa juzgada, que tampoco existe la identidad de cosas o asuntos que se juzgaron, porque en el suplico de la demanda se incluyeron otros extremos, en aquellos procesos, como la declaración de nulidad de la escritura de partición, y por último, en cuanto a las causas de pedir, existe también alguna importante diferencia, cual es la consideración de la falta de capacidad de don Manuel Felipe para reconocer expresa o tácitamente una filiación.

Analizando dicho motivo señala el Tribunal Supremo que *son tan inconsistentes las razones de esta primera parte del motivo que su rechazo es inmediato, porque acerca de la identidad subjetiva es suficiente con reproducir la descripción detallada de intervinientes que se hacen constar con impecable rigor, en los fundamentos jurídicos de la sentencia; en cuanto a la identidad objetiva, es lamentablemente endeble el alegato, ya que el hecho de que existiera otras materias integradoras del respectivo “petitum”, en alguno de los procesos anteriores, no descarta que la petición principal recaiga sobre*

el estado civil de los interesados y en cuanto a las causas de pedir es claro que la denuncia que se esgrime carece de consistencia incluso probatoria; a propósito de la cosa juzgada se decía entre otras en S. 30-VII-96 “...con mención a las identidades concretadas en el art. 1252 CC, esta Sala tiene declarado que “la concurrencia de las mismas ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, de manera que la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo” (Sentencias, entre otras de 3-IV-90, 1-X-91, 31-III-92 y 27-XI-93...”; y Sentencia de 20-IX-96: La cosa juzgada que establece el art. 1252 CC, es la denominada cosa juzgada material, que puede contemplarse desde una distinta vertiente; una —negativa— plasmada en el principio jurídico “non bis in idem”, que no permite que una contienda judicial ya dilucidada por sentencia firme, pueda volver de nuevo a plantearse; y la otra vertiente —positiva—, es la derivada de la obligación que tiene el juzgador de seguir absolutamente lo declarado en otro proceso anterior, cuando versen ambos sobre la misma controversia judicial. Por todo lo cual, aparte de los elementos subjetivos y objetivos, que deben ser los mismos en ambos procesos sucesivos, para que se dé la figura de la cosa juzgada material, es preciso que las pretensiones que se ejerciten en los mismos, tienen que tener el mismo “petitum” y “causa petendi”.

2. La libre investigación de la paternidad.

Alega la parte recurrente que hay que tener en cuenta la profunda transformación de la regulación legal de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico, y el cambio de rango constitucional, que introduce principios y exigencias completamente diferentes a los anteriores, pretendiendo con ello, que por que existe un nuevo marco constitucional, determinante del principio de veracidad y, de la investigación libre de la paternidad, ha-

bida cuenta lo dispuesto en el art. 39.2 de la Constitución, es evidente, pues, que ello es susceptible de poder remover los obstáculos de la inmovilidad de la cosa juzgada.

Este motivo también es improcedente para el Tribunal Supremo y, *debe descartarse, porque cualquiera que sea la evolución jurídica, en pos de anclar el anhelado axioma de la verdad material prevalente sobre cualquier modelo axiológico de pretérita estética familiar, y cualquiera que sean los adelantos científicos en la materia sobre la investigación de la paternidad, es inconcuso que, en materia como la controvertida de estado civil, la Sentencia, ya firme dictada, no sólo adquiere el valor de cosa juzgada, sino que tiene una eficacia “erga omnes” indubitada, y “ex lege” y de prescripción “ad hoc”, ex art. 1252.2 CC, pudiendo al respecto, sin más, reproducir cuanto se dictaminó*

por el Informe del Ministerio Fiscal “...no es de estimar el recurso de Casación interpuesto por doña Divina Primera P.L. porque como suficiente y sólidamente razona la Sentencia recurrida en el F.J. 2, contra la firmeza de las Sentencias no cabe reproducir el objeto del proceso por vedarlo entre otras razones el art. 1252 del CC y más tratándose de materia sobre estado civil en que la cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubiesen litigado. Y ante tal principio, esencial a la existencia de los Tribunales y de la seguridad jurídica que han de producir sus resoluciones, no cabe oponer sino la posibilidad legal de atacar la firmeza por medio de la demanda de revisión y nunca por la creación de un proceso en que se hubiera de resolver en sentido contrario de lo ya resuelto en el que produjo una sentencia firme”; por todo ello procede desestimar el recurso con los demás efectos derivados.

III. REGIMENES ECONOMICOS MATRIMONIALES

1. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS PRIVATIVAS Y GANANCIALES

1.1. Responsabilidad solidaria de ambos cónyuges.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 11 de julio de 1998.

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

Habiendo contratado conjuntamente ambos esposos y de consuno la realización de una sola y única prestación (ejecución de obras de carpintería artesanal en el domicilio conyugal), ha de entenderse que ambos quedaron solidariamente obligados al pago del precio de dicha obra única, al no haberse determinado por ellos la proporción en que cada uno respondería del pago de dicho precio, ello con independencia de que, además, se trata de una deuda con cargo a la sociedad de gananciales, conforme a lo preceptuado en el artículo 1367 del Código Civil.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Modesto formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Lino y doña Joaquina en reclamación de 7.330.895 pts. más intereses y costas en concepto del precio de ejecución de unas obras de carpintería artesanal (balconaje típico, puertas, ventanas, etc.) que realizó en la vivienda de los demandados.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Plasencia dictó sentencia el 20 de noviembre de 1993 estimando la demanda y condenando a los demandados a que abonen conjunta y solidariamente al actor la cantidad de 7.263.557 pts., más los intereses legales incrementados en dos puntos, abonables desde la notificación de esta sentencia, con imposición a los demandados de todas las costas de este procedimiento.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia el 21 de marzo de 1994 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- Don Lino y doña Joaquina interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los demandados se oponen a la sentencia dictada por la Audiencia por tres motivos, el primero de ellos está dirigido a cuestionar la cuantía de la deuda, el segundo a precisar la responsabilidad solidaria de los cónyuges y en el último se cuestiona la condena en costas.

1. Determinación de la cuantía de la deuda.

Entienden los demandados que la sentencia recurrida ha incurrido en el vicio de incongruencia “extra petita”, puesto que concede al actor el beneficio industrial no reclamado y concede el valor de la obra, cuando lo que se reclama son horas de trabajo, material e IVA. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo por las siguientes razones:

— En la fijación por las coincidentes sentencias de la instancia del precio de la obra ejecutada no se ha incluido el beneficio industrial, como así lo declara expresamente la sentencia recurrida, cuando dice lo siguiente: “...la cuantía que por beneficio industrial debía adicionarse al precio de ese trabajo y que fue renunciada por el actor en la demanda y que no se incluye ni en el informe del perito ni la sentencia lo recoge, por lo que no se entiende por qué la parte vuelve a reiterar este extremo cuando la sentencia no contiene pronunciamiento alguno al respecto y es claro que no se encuentra incluido en la cantidad a cuyo pago se condena a los demandados, lo que desde luego nada tiene que ver con el IVA que son dos conceptos distintos sin que el actor haya hecho pronunciamiento alguno al respecto” (Fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida).

— Lo que el actor reclama en el proceso a que este recurso se refiere es, obviamente, el precio de la obra de carpintería artesanal por él ejecutada en la vivienda de los cónyuges demandados (balconada típica, puertas, ventanas, armarios, etc.), poniendo el propio artesano la madera utilizada para ello, cuyo precio es el que le concede la sentencia aquí recurrida (en plena coincidencia con la de primera instancia), sin incluir en el mismo, como antes se ha dicho, el tanto por ciento correspondiente al beneficio industrial, por lo que, evidentemente, no ha incurrido en la incongruencia de que con tanta ligereza, como falta de fundamento, se le acusa.

2. Responsabilidad solidaria de los cónyuges.

Como la sentencia condena solidariamente a ambos esposos, sostienen los recurrentes que ello vulnera lo establecido en el art. 1137 del CC ya que la solidaridad debe ser expresamente determinada al contraer la obligación, circunstancia que, a su entender, no concurre en el presente supuesto. Igualmente consideran infringidos, por aplicación indebida, los artículos 1319 (dicho precepto se refiere únicamente a las deudas contraídas en el ejercicio de la llamada “potestad doméstica” o lo que es lo mismo “necesidades ordinarias de la familia”) y 1369 del mismo Código, puesto que el hecho de que una deuda sea a cargo de la sociedad de gananciales no implica que los cónyuges hayan de ser condenados, como deudores solidarios, al pago de la misma.

La sentencia aquí recurrida considera probado que el contrato de obra de carpintería artesanal, al que se refiere este litigio, lo celebraron conjuntamente con el actor (carpintero artesano) los dos esposos demandados y, ante ello, al entender (dice textual-

mente la sentencia de primera instancia) “conforme al artículo 1361 que la obra es ganancial”, y en aplicación de los artículos 1319 y 1369 del Código Civil, condena a los cónyuges demandados, con el carácter de deudores solidarios, al pago del precio de la obra ejecutada.

Señala el Tribunal Supremo que el motivo ha de ser desestimado, ya que habiendo los dos esposos demandados, aquí recurrentes, contratado conjuntamente y de consuno la realización de una sola y única prestación (ejecución de obras de carpintería artesanal en el domicilio conyugal), ha de entenderse que ambos quedaron solidariamente obligados al pago del precio de dicha obra única, al no haberse determinado por ellos la proporción en que cada uno respondería del pago de dicho precio, ello con independencia de que, además, se trata de una deuda con cargo a la sociedad de gananciales, conforme a lo preceptuado en el artículo 1367 del Código Civil.

3. Condena en costas.

Entienden los recurrentes que al no haber sido estimada la demanda en su totalidad, ya que no se condena al pago de los intereses moratorios que hizo el demandante y, no constar declaración expresa de temeridad, no debe haber condena en costas.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo, ya que al haber sido estimada parcialmente la demanda, para poder imponer expresamente las costas de primera instancia a una de las partes, era necesario que se hubiera declarado que la misma había litigado con temeridad (artículo 523.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cuya declaración no hacen ninguna de las dos sentencias de la instancia y, sin embargo, imponen expresamente a los demandados, aquí recurrentes, las costas de primera instancia.

1.2. *No es necesario demandar a la esposa cuando se reclama contra el esposo el cumplimiento de una deuda contraída exclusivamente por él.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 18 de septiembre de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.**

Si el recurrente ha exigido en su demanda la reclamación de cantidad de una obligación contraída exclusivamente por el esposo, no es necesario traer al proceso a la esposa. No debatiéndose en el pleito la afectación al patrimonio ganancial de deudas contraídas exclusivamente por uno de los cónyuges, carece de toda legitimación el que la contrajo para oponer la nulidad relativa de la obligación. El matrimonio no limita la capacidad de obrar de los cónyuges por sí mismo, ni impone que todas las obligaciones hayan de ser contraídas de común acuerdo entre ambos.

ANALISIS DEL CASO

- Don Francisco y don Vicente convinieron la venta de un inmueble cuyo pago se realizará de la siguiente forma: don Vicente cancelaría todas las cargas sobre el inmueble y se compensaría la deuda que don Francisco tiene contraída con él. En cualquier caso el precio mínimo de la venta será de 86.000.000 ptas. y don Francisco se comprometía a entregar a don Vicente todas las cantidades restantes al pago de la deuda hasta completar el indicado precio de venta o aquel superior que se obtuviera. En virtud de dicho documento don Francisco se comprometía formalmente a vender a don Vicente o a terceros a través de éste dicho inmueble y se concedía libertad a don Vicente para vender el inmueble en el supuesto de que no desease escriturarlo a su nombre.
- Don Vicente interpuso contra don Francisco demanda de menor cuantía en reclamación de cantidad solicitando que se dictase sentencia condenando al demandado a abonar 88.739.500 pesetas, con los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de esta demanda y declarando que el demandado está obligado a proceder a la liquidación de cuentas referente a la deuda ya preexistente en el momento de suscribirse los acuerdos de 15 de junio de 1988.
- El demandado se opuso a la demanda solicitando que se dictase sentencia estimando las excepciones planteadas y para el caso de que así no ocurra se

desestime la petición de condena de la cantidad reclamada ya que debe practicarse una liquidación de cuentas y no existe cantidad líquida y determinada y subsidiariamente, para el caso de que se estime la obligación de pago, quede ésta reducida a 52.213.141 pesetas que es la suma de las cantidades pagadas por el actor y los intereses hasta la venta de las naves.

- Con fecha 4 de febrero de 1993 el juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda y condenando a don Francisco a pagar al actor la cantidad de 75.621.500 pesetas, con los intereses legales de dicha cantidad desde el momento de la interposición de la demanda, declarando la obligación del mismo de proceder a la liquidación de cuentas con el actor, referente a la deuda preexistente en la fecha de 15 de julio de 1988 y con imposición de costas al demandado.
- En grado de apelación, la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 26 de abril de 1994 apreciando la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso, por no haber sido llamada a los autos doña Carmen y revocando la sentencia estimando mal constituida la relación jurídica procesal se absolvió al demandado sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada.
- Don Vicente interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Estimada la demanda en reclamación de cantidad por el juzgado de instancia, la Audiencia revoca la sentencia y aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al entender que la esposa de don Francisco debió ser parte en el procedimiento, ya que el mismo se encontraba casado bajo el régimen de gananciales.

El recurrente sostiene que no existe tal infracción procesal, ya que en su demanda no pidió nada que se relacionase con la disposición de un bien ganancial, sino la condena del demandado a pagar las sumas que había aquél satisfecho para dejar libre de embargos y trabas tal bien ganancial, junto con lo que dicho demandado le debía antes del documento de 15 de junio de 1988, deuda preexistente a la que en él se alude. Por tanto, no hay razón jurídica alguna para que la sentencia recurrida obligue a traer a este proceso

como parte procesal a la esposa del susodicho demandado.

El Tribunal Supremo estima el motivo y a tal efecto señala que, *el documento contiene el compromiso del recurrente de cancelar los embargos e hipotecas afectantes al inmueble ganancial que en él se describe. Es ésta la obligación que contrajo frente al demandado, obligándose éste a su reembolso con intereses. Si el recurrente ha exigido en su demanda el pago de lo desembolsado por él, junto a lo que el demandado le debía con anterioridad, es obvio que la esposa de este último no es parte en este proceso, en el que se ventila la satisfacción de una obligación contraída exclusivamente por el primero (sentencias de 19 de julio de 1993 y 26 de noviembre de 1996).*

La sentencia recurrida fija su atención en que en el documento de 1988 se convino la

venta del bien ganancial, libre ya de trabas, al recurrente o a terceros, para afirmar que tal acto no lo podía realizar el marido sin consentimiento de la mujer, y que al ser un bien ganancial, en el litigio debía estar presente la última. En realidad no se ve por parte alguna que éste verse sobre un acto de administración o disposición de un bien ganancial, basta para ello leer con atención la súplica de la demanda. En ella no se solicita absolutamente nada que se refiera al bien ganancial, luego está, en primer lugar, completamente fuera de lugar sustentar en esta necesidad el rechazo de la demanda. En segundo lugar, aunque en hipótesis se contem-

plara una obligación de disponer del esposo de un bien ganancial, para pago de deudas por él contraídas, se olvidaría que el Código civil legitima sólo a la mujer y a sus herederos para pedir la nulidad por omisión del consentimiento conyugal, no al marido que fue causante de la omisión (art. 1322). En tercero y último lugar, se destaca que no hay ningún interés público que obligue a aplicar la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario; es al cónyuge cuyo consentimiento no se obtuvo, o a sus herederos, a los que la ley les da la correspondiente legitimación para defensa de sus intereses.

2. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. Calificación de bienes tras la separación de hecho.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 6 de julio de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros

Procede declarar el carácter ganancial de un inmueble adquirido conjuntamente por los cónyuges en el año 1982, aun cuando se encontraban separados de hecho desde el año 1977. No es de aplicación al caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exclusión del fundamento de la sociedad de gananciales tras la separación de hecho.

ANALISIS DEL CASO

- En el año 1977 los cónyuges se separaron de hecho.
- Mediante escritura pública otorgada el día 17 de diciembre de 1982, ambos cónyuges en estado de casados, según manifiestan en ella, compran un inmueble sito en la C/ Francisco Silvela de Madrid que es inscrito conjuntamente en el Registro de la Propiedad. Para el pago del citado inmueble ambos cónyuges suscribieron un préstamo hipotecario.
- La esposa instó demanda de menor cuantía contra su esposo solicitando se dictase sentencia por la que declare: 1.º Que integran la sociedad de gananciales los siguientes bienes: a) Metálico procedente de las rentas percibidas por el esposo respecto del apartamento de la calle Francisco Silvela de Madrid. b) Mobiliario existente en los pisos sitos en la calle Teresita González

y en la calle Francisco Silvela. 2.º Se atribuya al esposo la propiedad del apartamento de la calle Francisco Silvela, debiendo abonar a la esposa la cantidad que corresponda una vez determinado su valor, y efectuada la compensación entre lo pagado por aquél en régimen de separación de bienes y lo percibido por el mismo por su arrendamiento. 3.º Se adjudique a cada esposo el mobiliario que exista en cada uno de los pisos por ellos habitados. 4.º Se condene al esposo en costas.

- Admitida a trámite la demanda y emplazado el esposo, contestó a la demanda oponiéndose a la misma y formulando reconvencción con respecto a la casa sita en la calle Francisco Silvela para que se declare que es bien privativo y no ganancial.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Madrid dictó sentencia con fecha 24 abril 1992, estimando la demanda y declarando las partidas que componen el activo y pasivo de la extinguida sociedad de gananciales, atribuyendo a la demandante el mobiliario existente en la casa de la calle Teresita González y el de la vivienda de la calle Francisco Silvela al demandado y adjudicando al demandado la propiedad del apartamento sito en la calle Francisco Silvela, con la obligación de determinados abonos y compensaciones quedando a salvo la facultad del demandado de solicitar su venta en pública subasta. La demanda reconvenccional fue desestimada.
- En grado de apelación, la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 1994 desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia.
- El esposo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende el recurrente que el inmueble adquirido por los cónyuges en el año 1982 tiene carácter privativo, ya que el mismo fue adquirido a su costa. Por ello sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial debió aplicar el artículo 7 del Código Civil, sobre abuso del derecho, por ir lo solicitado por la esposa más allá de los fines éticos, teleológicos y sociales de la norma, ser contraria a la buena fe y perjudicial para tercero, requisitos usualmente exigidos por la jurisprudencia en SS. entre otras de 25 de noviembre de 1960, 7 de julio de 1980, 20 de mayo de 1982, 23 de mayo de 1984 y 14 de julio de 1984. Su ex-esposa, reclama bajo

amparo jurídico de la presunción de bienes gananciales, algo obtenido con el solo esfuerzo de una de las partes, sin el apoyo moral y efectivo de la otra. El hecho de que las relaciones entre ellos fueran cordiales pasados los momentos de la separación no significa que existiese cariño y convivencia plena que justifique el carácter ganancial de los bienes ganados, sólo se hablaban pero no existía afecto ni convivencia de ninguna clase.

El tribunal Supremo desestima el motivo. *El piso cuya calificación está en el fondo de este litigio (si era ganancial o privativo del*

recurrente) fue adquirido por el recurrente y la recurrida en escritura pública de 17 de diciembre de 1982 en estado de casados, según manifiestan en ella, como también que lo compran e inscriben conjuntamente y para sociedad conyugal; el crédito hipotecario para su adquisición fue suscrito por ambos. En estas condiciones, lo que parece abusivo y fuera de lugar son las manifestaciones del recurrente para evitar la ganancialidad del piso, basadas en que desde 1977 estaba separado de hecho de la recurrida. No se otorgaron capitulaciones matrimoniales siquiera para poner en consonancia el régimen económico del matrimonio con aquella situación fáctica, por lo que es inviable el intento de evitar la aplicación de la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos rigiendo tal régimen, que no se extinguió hasta la Sentencia firme de divorcio de la Audiencia de Madrid de 14 diciembre 1988. Los propios actos del recurrente demuestran que estimaba vigente el susodicho régimen; basta con que nos remitamos a las manifestaciones recogidas anteriormente.

Cuestionado por el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial no aplica la doctrina jurisprudencial del Tribunal sobre la separación de hecho en relación con la

sociedad de gananciales contenidas en las sentencias de 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988, de las que deduce la separación matrimonial de hecho, con independencia del tiempo que dure, excluye el fundamento de la sociedad de gananciales. A este respecto señala el Tribunal Supremo que *el motivo se desestima porque las separaciones de hecho consideradas en ambas sentencias, que son la base de sus declaraciones, tenían unos caracteres que no se dan en este caso: separación de 40 años en la primera sentencia; separación de 35 años en la segunda. También puede citarse en esta línea la de 23 de diciembre de 1992, en la que la separación de hecho duró más de 40 años. Aquí nos encontramos con una separación en 1977, que no obsta para que en 1982 adquirieran los cónyuges para su sociedad conyugal un piso. Falta, pues, una mínima base de aplicación de la doctrina jurisprudencial, habida cuenta que en 1982 consideran los entonces esposos vigente su sociedad de gananciales. Desde esa fecha hasta la presentación de la demanda de divorcio (1986) transcurren sólo cuatro años, tiempo que nada tiene que ver con el contemplado en las calendadas sentencias sobre las que se basa el motivo para pretender que se case la sentencia.*

2.2. Liquidación de gananciales. Nuevo examen de la sentencia de instancia realizada por la Audiencia Provincial.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 15 de julio de 1998.

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

El art. 1410 hace una remisión, como normativa supletoria, a la de partición y liquidación de la herencia, remisión que es de derecho material, no de derecho procesal y, por tanto, el procedimiento judicial, si hay controversia, no será el juicio de testamentaría, sino el proceso declarativo ordinario, como así entendieron las sentencias de 20 de junio de 1987 y 14 de julio de 1994. Al conocer del recurso de apelación, la Audiencia Provincial revisa el proceso y corrige todo error, omisión, defecto o desviación tanto fáctica como jurídica, sin que ello suponga vulneración del art. 267 de la LOPJ.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Paula interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre liquidación de la sociedad de gananciales contra don Pedro solicitando que se dictase sentencia por la que aprobando el cuaderno particional, se declarase el derecho de doña Paula a percibir con carácter previo a la partición de los bienes la cantidad de 4.604.190 ptas. por los conceptos indicados, repartiéndose los bienes en la forma prevista en el cuaderno particional o en su defecto, procediéndose a la venta judicial de los mismos, y al reparto de las cantidades que dicha venta produzca entre los dos cónyuges, en las proporciones señaladas en dicho Cuaderno Particional.
- Don Pedro compareció en los autos y contestó a la demanda, aunque se dictó providencia con fecha 26 de octubre de 1991 por la que no se tuvo por contestada por haber sido presentada fuera de plazo.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de San Sebastián dictó sentencia el día 28 de abril de 1993, estimando en parte la demanda, declarando los bienes que integran la sociedad de gananciales y realizando las siguientes adjudicaciones: al esposo don Pedro, las 2/3 partes de la vivienda sita en Usurbil por valor de 4.533.333 ptas., parcela de terreno, procedente del Caserío “O.”, de 2.100 m² de superficie, con la construcción realizada en el mismo, consistente en una borda de 55 m² por valor de 1.522.000 ptas., la libreta de ahorros en la “Caja E.” de Z., por el importe o saldo que se acredite en ejecución de sentencia, parte del saldo resultante de imposiciones a plazo fijo en Caja de España por valor de 930.000 ptas. depositadas en “Caja E.” de Z.; y ajuar doméstico o familiar por valor de 1.500.000 ptas. y saldo por importe de 500.000 ptas. resultante de imposición a plazo fijo en K. A la esposa doña Paula, se le adjudica 1/3 de la vivienda arriba indicada, imposición a plazo fijo por importe de 1.300.000 ptas. en “C.L.”, imposición a plazo fijo por importe de 1.000.000 ptas. depositada en “B.” y saldo por importe de 500.000 ptas. resultante de imposición a plazo fijo en “K.”. En consecuencia por virtud de la diferencia resultante de las adjudicaciones, una vez detraídas las cantidades que cada cónyuge ha dispuesto sin consentimiento del otro, resulta que don Pedro está obligado a abonar a doña Paula, la suma de 2.755.333 ptas. debiéndose además los cónyuges abonarse recíprocamente los intereses devengados de las cantidades detraídas constante matrimonio de la masa ganancial sin consentimiento del otro, al interés legal desde la fecha de la disposición hasta la fecha de la interposición de la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP San Sebastián dictó sentencia con fecha 17 de marzo de 1994 estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por ambas partes modificando la sentencia de instancia en el sentido de declarar que corresponde a la esposa la adjudicación de la lámina

del C.L., B. y la K., y que el esposo deberá entregarle la cantidad de dos millones seiscientos cincuenta y siete mil seiscientos sesenta y siete pesetas (2.657.667), excluyendo por tanto de dicha adjudicación, el tercio privativo de la vivienda y excluyendo de la adjudicación de la esposa la mitad de la lámina de K. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida, no haciéndose mención de costas en esta alzada.

- La esposa interpuso recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo a entrar en el análisis de los motivos alegados por la recurrente, el Tribunal Supremo puntualiza la normativa que rige la liquidación de la sociedad de gananciales: *“La comunidad de gananciales se disuelve ‘ipso iure’ por la sentencia de separación conyugal, tal como disponen los artículos 95, primer párrafo, y 1392, número tercero, del Código civil. Disuelta la sociedad (comunidad) se procederá a su liquidación, dispone el artículo 1396, que comprende las operaciones de inventario (artículos 1397 y 1398) pago de deudas (artículos 1399 y ss.) y división y adjudicación de los gananciales (artículos 1404 y ss.). El art. 1410 hace una remisión, como normativa supletoria, a la de partición y liquidación de la herencia, remisión que es de derecho material, no de derecho procesal y, por tanto, el procedimiento judicial, si hay controversia, no será el juicio de testamentaría, sino el proceso declarativo ordinario, como así entendieron las sentencias de 20 de junio de 1987 y 14 de julio de 1994”.*

Analicemos separadamente cada uno de los motivos en los que se basa la esposa para atacar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

- a) Contradicción en el fallo de la sentencia.

El primer motivo de casación está dirigido a impugnar la sentencia de la Audiencia por infracción del art. 359 de la LEC (las

sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con demás pretensiones deducidas oportunamente del pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido del debate) ya que entiende la recurrente que la resolución de la Audiencia incurrió en una contradicción en el fallo al adjudicarle en el primer párrafo un bien y luego en el segundo párrafo excluye de la adjudicación el 50% del mismo. *A tal efecto señala el Tribunal Supremo que no se da la contradicción que alega la recurrente. El fallo de la sentencia adjudica claramente las imposiciones a plazo a la demandante, recurrente en casación. Dice: “...corresponde a la esposa la adjudicación de la lámina del ‘Credit L.’, ‘Banko A.’ y la ‘Banco K.’ y en el párrafo siguiente hace una aclaración innecesaria que ha producido confusión, no contradicción (“excluyendo de la adjudicación de la esposa la mitad de la lámina de ‘Banco K.’)” pues debe entenderse que elimina de la operación de adjudicación toda referencia a la esposa de la adjudicación de la mitad de la lámina de ‘Banco K.’ pues a ella se le adjudica la totalidad de la misma, lo que se desprende asimismo del fundamento sexto de la misma sentencia.”*

- b) Incongruencia de la sentencia.

Sostiene el recurrente que la resolución de la Audiencia Provincial incurrió en una incongruencia por “extra petitum” al rehacer

por completo el cuaderno particional sin que ninguna de las partes lo hubiese solicitado en la apelación. Pero tal incongruencia no es apreciada por el Tribunal Supremo. *La incongruencia “extra petita” se produce entre el suplico de demanda y contestación, y reconvencción en su caso, y el fallo; no se puede plantear entre lo resuelto en la primera instancia, las peticiones de los apelantes en la segunda instancia y la sentencia de ésta. Esto último podría ser el vicio de “reformatio in peius” que se ha mencionado en el desarrollo del motivo, pero no como tal. El Tribunal Constitucional ha resumido la doctrina constitucional sobre la incongruencia, en la sentencia 9/1998, de 13 de enero: “Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (‘ultra petitum’) o algo distinto de lo pedido (‘extra petitum’), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes”. Y tal como dicen las sentencias de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo de 1997, 28 de octubre de 1997, 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero de 1998 y 10 de marzo de 1998: “es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (‘ultra petita’), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (‘extra petita’) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (‘citra petita’), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige*

para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescindan de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio ‘iura novit curia’”. Y sobre la “reformatio in peius” también lo contempla la citada sentencia del Tribunal Constitucional: “Por lo que respecta a la ‘reformatio in peius’, o reforma peyorativa, en cuanto constituye una modalidad de incongruencia procesal, la misma tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Razón por la cual la interdicción de la ‘reformatio in peius’ es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española.”

- c) Infracción del art. 267 LOPJ (rectificación errores).

Por otro lado, alega la recurrente la aplicación indebida del art. 267 LOPJ, por cuanto establece dicho artículo la posibilidad de los Jueces y Tribunales de aclarar algún concepto oscuro de las sentencias que hayan dictado así como rectificar errores aritméticos contenidos en las resoluciones dictadas por el mismo, habiéndose aplicado dicha norma para corregir en apelación resoluciones dictadas por el Juzgado “a quo” sin que el contenido del art. 267 LOPJ autorice al Tribunal de apelación en este sentido. La sentencia recurrida hace un cálculo nuevo del cuaderno particional confeccionado por el Juzgado de 1.^ª Instancia y que corrige

errores materiales que tan sólo caben al amparo del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se ha aplicado indebidamente. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, por ignorar la recurrente el concepto y la función del recurso de apelación, que, al asumir la instancia el órgano “ad quem” revisa el proceso y corrige todo error, omisión, defecto o desviación tanto fáctica como jurídica. La segunda instancia es una fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia: así se expresan literalmente las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1997, fundamento 1.º, y de 5 de mayo de 1997, fundamento 3.º, primer párrafo, reiterando lo ya expresado por las sentencias de 7 de junio de 1996 y 24 de enero de 1997, lo que había sido mantenido también por la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1996, de 15 de enero.

d) Presunción de ganancialidad.

Por último, denuncia la recurrente la infracción por aplicación indebida del art. 1251 CC por cuanto establece que las presunciones establecidas por la Ley pueden destruirse por la prueba en contrario, por entender la sentencia de instancia que un tercio de un determinado bien es privativo. Dicha sentencia, en su fundamento tercero, argumenta sobradamente que aquel tercio es bien privativo del esposo demandado y lo declara así acreditado, con hechos que no son revisables en casación, que no es una tercera instancia (a diferencia de la segunda instancia, a que antes se ha hecho referencia). A la presunción del artículo 1361 del Código Civil no ha hecho alusión, aunque es patente su presencia. Pero ha declarado acreditado el carácter privativo de este tercio, pese a la presunción de ganancialidad, lo que significa la correcta aplicación del artículo 1251 que se dice infringido.

2.3. Calificación y valoración de bienes.

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 1998.

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

Los bienes gananciales deben valorarse en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales. No procede incluir en el activo los intereses generados por un depósito privativo de uno de los cónyuges, ya que los mismos se invirtieron en la atención de las cargas conyugales.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Patricia promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Christian solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales conforme a las adjudicaciones que proponía y subsidiariamente la venta de los bienes que sea necesario para el caso de que no se pueda compensar en metálico.

- Don Christian se personó en autos contestando a la demanda y oponiéndose al inventario, valoración y adjudicación propuestos por la demandante y solicitando la formación del inventario mediante la inclusión y exclusión de las partidas que él mencionaba, siguiéndose para ello en pieza separada el trámite incidental de inclusión y exclusión de las partidas del activo y pasivo, y en su día completado el inventario en forma legal, previas las valoraciones que serán hechas pericialmente, acordar la liquidación de la sociedad adjudicando a los ex-cónyuges por mitad el remanente líquido que resulte una vez pagados los reembolsos que procedan y las compensaciones que igualmente procedan para la igualdad de los lotes.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid dictó sentencia el día 3 de noviembre de 1994 estimando parcialmente la demanda y declarando liquidada la sociedad mediante las adjudicaciones que se contienen en la misma.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el día 26 de diciembre de 1995, estimando parcialmente el recurso formulado por doña Patricia revocando en parte la sentencia de instancia en el sentido de incluir en el activo la suma de 38.097.597 pesetas como correspondiente a la cartera de valores, la que sustituirá a la de 18.000.000 de pesetas tomada en consideración en la referida sentencia. Se confirman el resto de los pronunciamientos referentes al activo y pasivo de la comunidad ganancial, cuyo haber partible queda fijado, en consecuencia, en 70.421.889 pesetas, habiendo de realizarse las oportunas adjudicaciones y compensaciones en fase de ejecución de sentencia, de no lograrse al respecto acuerdo de las partes.
- Don Christian y doña Patricia interpusieron sendos recursos de casación, estimándose por el Tribunal Supremo únicamente el presentado por don Christian.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso de don Christian.

Los argumentos del recurrente para impugnar la sentencia de la Audiencia Provincial están dirigidos a que se declare que la cartera de valores tiene carácter privativo y subsidiariamente a que rectifique la valoración que se efectúa y que debe atenderse al valor de los bienes en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales. Por otro lado, y en cuanto al pasivo de la socie-

dad, solicita que se excluya del mismo una determinada partida.

a) Activo de la sociedad de gananciales.

Dos son las cuestiones que, en relación con el activo de la sociedad cuestiona el recurrente:

— Exclusión de la cartera de valores por ser un bien privativo. Sostiene el recurrente que los valores integrantes de dicha cartera

son los heredados por recurrente de sus padres. La decisión de la Audiencia declara que no está justificado, en modo alguno, que el montante, total o parcial, de la mentada cartera de valores, proviniera de la herencia de don Christian, consolidada en sendos cuadernos particionales protocolizados notarialmente en los años 1973 y 1982, y, por ello, entiende el Tribunal Supremo que debe prevalecer la no destruida presunción de ganancialidad consagrada en el artículo 1361 del Código Civil.

— Valoración de los bienes al momento en que se produce la disolución. Entiende el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 1397.1.º del Código Civil según el cual habrán de comprenderse en el activo de la sociedad los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, de tal manera que la sentencia impugnada incluye en el activo ganancial la cartera de valores existente en España por importe de treinta y ocho millones noventa y ocho mil quinientas noventa y siete pesetas (38.098.597 pesetas), según la declaración fiscal de patrimonio relativa al ejercicio del año 1987, cuando el citado precepto sólo permite introducir en aquella lista los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución de la comunidad conyugal, y en el ejercicio del año 1989, coincidente con este instante en virtud de la sentencia de separación de 15 de enero de 1990, fue exteriorizada una relación de esa índole por diecinueve millones noventa y ocho mil trescientas noventa y dos pesetas (19.098.392 pesetas). Dicho motivo es estimado por el Tribunal Supremo *porque el precepto citado como conculcado manda que el inventario del activo de la sociedad de gananciales comprenderá los bienes de esta clase existentes en el instante de la disolución de aquélla, y, en atención al mandato legal, la utilización probatoria de los datos de la declaración fiscal del patrimonio correspondiente al año 1987 no es apropiada para este particular, ya que obran en las actuaciones otras de análoga entidad relativas a los ejercicios fiscales de los años 1988 y*

1989, de suerte que procede aceptar la resultancia de la última citada, que es la más próxima a la fecha de la expresada disolución por la sentencia de separación matrimonial dictada el 15 de enero de 1990, y su contenido económico sobre este particular se llevará al activo del inventario. Aunque el recurrente interesaba, en la coyuntura de estimación de este motivo, el establecimiento de la cantidad de dieciocho millones de pesetas (18.000.000 de pesetas) como importe total de esta cartera de valores gananciales, a causa de que doña Patricia administra tal suma desde el auto de medidas provisionales, la cifra de la declaración del patrimonio del año 1989, diecinueve millones noventa y ocho mil trescientas noventa y dos pesetas (19.098.392 pesetas), es la que se reflejará en la parte dispositiva de esta resolución, sin que ello perjudique la estimación del motivo, ni tampoco suponga incongruencia, toda vez, con mención a la última, de las posturas contrarias de los litigantes en la cuantificación pecuniaria de este punto.

b) Pasivo de la sociedad de gananciales.

Aunque durante el desarrollo procesal de los autos don Christian solicitó la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales del contravalor en pesetas de doscientos noventa y siete mil cuatrocientos noventa y ocho francos suizos (297.498 francos suizos), correspondientes a la cuenta Foron, aclaró en el recurso que ello fue causado por un error inicial de la propia parte, ya que los fondos que se ingresaron en dicha cuenta tienen carácter privativo. Ante esta alegación, lo primero que hay que cuestionarse es si es el momento hábil para hacerla. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que *aunque reiterada doctrina jurisprudencial impide conocer en este recurso de cuestiones nuevas, que, según la STS de 22 de abril de 1992, se entienden por la aportación extemporánea de hechos cuando la contraparte no tiene oportunidad procesal de hacer alegaciones o formular pruebas sobre los mismos, así como la de preceptos jurídicos tales que su aplicación altere la acción o la causa de*

pedir, cabe, por excepción, su examen por el Tribunal de casación cuando sea operativo el principio “iura novit curia”, o se trate de insoslayables cuestiones de orden público y, por ende, apreciables de oficio (STS de 24 de febrero de 1992), o se haya incurrido en incongruencia interna, siempre que el supuesto fáctico que les sirve de fundamento o sustrato haya sido introducido en el proceso en el momento procesal oportuno y esté plenamente probado.

Evidentemente, por el carácter privativo de la cantidad integrada en la cuenta Foron, es improcedente introducir el reembolso del contravalor en pesetas del importe en francos suizos antes determinado como partida del pasivo de la sociedad de gananciales habida entre las partes.

Es decir, habiendo dispuesto doña Patricia el 16 de abril de 1994 de 297.498 francos suizos (contravalor de 28.555.508 pesetas) que se encontraban ingresados en la cuenta Foron que pertenecían con carácter privativo a don Christian, no es la sociedad de gananciales quien debe reintegrarle de dichas cantidades, ya que dichos fondos no se utilizaron para atender cargas de la sociedad (que se encontraba disuelta por la sentencia de separación de 15 de enero de 1990), sino que es la propia doña Patricia quien con carácter exclusivo debe reintegrar dichas cantidades, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 1405 del Código Civil (si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente).

2. Recurso de doña Patricia.

Solicita la recurrente que se anule el pronunciamiento que le condena a reintegrar a don Christian F.S. la suma de 297.498 francos suizos cobrados por ella según su contravalor en pesetas el 16 de abril de 1994, lo que equivale a 28.555.508 pesetas. Para conseguirlo basa su recurso en la ganancialidad de los fondos depositados en la cuenta Foron y

subsidiariamente, caso de considerarse que dichos fondos tienen carácter privativo, por entender que los intereses generados por dicho depósito tienen carácter ganancial y que por tanto debieron incluirse en el activo de la sociedad.

a) Ganancialidad del depósito.

Sostiene la recurrente doña Patricia que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los artículos 1361 (presunción de ganancialidad) y 1250 (las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ella) del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial, por cuanto que la sentencia impugnada no ha recogido la presunción de ganancialidad atañente al importe del depósito de la denominada cuenta Foron. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que *la decisión de la Audiencia considera demostrado, por la documentación aportada con el escrito de contestación e, incluso, por el propio reconocimiento de doña Patricia, que el depósito fue constituido por el esposo antes del matrimonio, por lo que sólo los posibles rendimientos del mismo habrían de tener carácter ganancial, sin que se haya acreditado, y apenas intentado justificar, que la suma de quinientos noventa y cuatro mil novecientos noventa y seis francos suizos (594.996 francos suizos), a que se refiere el documento, correspondiera a los intereses del inicial depósito, que, según el documento número 11 aportado con la contestación a la demanda, no impugnado en tiempo y forma, alcanzaba, días antes del matrimonio, la cifra de novecientos cuarenta mil diecinueve francos (940.019 francos).*

La sentencia recurrida no ha quebrantado los preceptos antes reseñados, los cuales, por el contrario, fueron convenientemente aplicados; en efecto, la indicada resolución desechó la presunción de ganancialidad respecto al mencionado depósito en base precisamente a la salvedad contemplada en el artículo 1361, puesto que considera probada la naturaleza privativa de tales bienes. Por otra parte, al desarrollar el motivo, la recurrente, con mención al documento número

11 de los aportados con la demanda, expresa que la sentencia traída a casación le ha otorgado valor probatorio pese a haber sido impugnado reiteradamente por la misma; sin embargo, ello no es así, pues, como refiere aquella decisión, este litigante no ha refutado en tiempo y forma tal medio de prueba, lo que supone su reconocimiento como legítimo (artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- b) Carácter ganancial de los intereses producidos por el depósito privativo.

Alega la recurrente que la sentencia de instancia, aun reconociendo que el depósito de la cuenta Foron tenía la condición de privativo de don Christian no ha dividido los intereses producidos por dicha cuenta por mitad entre los litigantes. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, *porque la Audiencia, después de sentar la naturaleza privativa del depósito de la citada cuenta y de que únicamente los rendimientos del mismo habían de tener carácter ganancial, tras las indicaciones antes mentadas respecto a las deficiencias de acreditación y justifica-*

ción de que la suma repartida entre los litigantes correspondiera a los intereses devengados por estos fondos privativos de don Christian, ha dado respuesta precisa a la problemática ofrecida mediante la indicación de la existencia de cargas del matrimonio durante la convivencia de los litigantes, en los términos recogidos en los arts. 1362 y siguientes CC, y la presunción de que éstas han sido sufragadas con bienes gananciales, y, entre ellos, con las posibles utilidades del repetido depósito privativo.

La argumentación de la sentencia de apelación, la cual parte del hecho base de la inevitable presencia de cargas conyugales, acomoda su deducción a la necesidad de cubrir los gastos de las obligaciones anejas al estado matrimonial con aportaciones gananciales, que es el efecto legal del coste material de éstas durante la convivencia matrimonial, y considera que los factibles rendimientos de la cuenta Foron no pudieron ser ajenos al pago de aquellas imposiciones, lo cual es una derivación razonable y lógica, que no conculca precepto alguno y su disposición obra incluida dentro del abanico de atribuciones del Tribunal de instancia.

IV. PATRIA POTESTAD

1. *Responsabilidad civil de los padres por hechos cometidos por los hijos sujetos a patria potestad.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 9 de julio de 1998.

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

Habiéndose causado lesiones a una persona tras los disparos de una escopeta que portaba el menor que le acompañaba, procede aplicar la concurrencia de culpas del tercero y de los padres del menor. El juez civil no viene sujeto a las valoraciones y pruebas que se practicaron en la jurisdicción penal. La cuantía de la indemnización no puede revisarse en casación, salvo que se hubiese fijado con criterios ilógicos o contraria a ley.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Antonio interpuso demanda de menor cuantía contra don Fernando y doña Isabel y contra el hijo de ambos don Francisco sobre reclamación de daños por responsabilidad extracontractual, reclamando el pago de cincuenta millones de pesetas, en concepto de indemnización por los daños causados, y caso de insolvencia de los mismos, se condene a su hijo, Francisco, al pago de la mencionada cantidad, que deberá hacerse efectiva sobre sus bienes propios, si los tuviere, todo ello con imposición de costas.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de los demandados, se contestó la misma planteando la excepción de incompetencia de jurisdicción y subsidiariamente solicitando la desestimación de la demanda por no existir responsabilidad extracontractual de clase alguna en los demandados, y en caso de que, con estimación parcial de la demanda, se declare la existencia de responsabilidad extracontractual, se desestime la solicitud de indemnización por daños planteada de contrario y, alternativamente, que la misma sea fijada al libre arbitrio judicial de acuerdo con las circunstancias concurrentes y probadas en autos.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de los de Madrid dictó sentencia con fecha 20 de abril de 1993, estimando en parte la demanda y condenando a don Fernando y a doña Isabel a abonar al actor en concepto de indemnización las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos: a) por gastos económicos ocasionados 3.983.275 ptas.; b) Por aminoración psico-física de futura proyección económico profesional 15.500.000 ptas.; y c) por daños morales 7.000.000 de ptas., en total 26.483.275 ptas, sumas, las anteriores, que devengarán los intereses legales; y en caso de insolvencia, se condene a su hijo, Francisco, al pago de la mencionada cantidad, que deberá hacerse efectiva sobre sus bienes propios, si los tuviere, todo ello con imposición de costas.
- En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 18 de mayo de 1995, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto y condenando a los demandados al pago de la cantidad de 9.883.275 ptas., más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la sentencia de Primera Instancia, y los del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente.
- Don Fernando y doña Isabel recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo, siendo desestimado el mismo. Igualmente don Antonio recurrió en casación solicitando un aumento de la cuantía de la indemnización, siendo desestimado también el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Teniendo en cuenta que recurrieron en casación ambas partes litigantes se hace preciso analizar separadamente cada uno de los recursos.

- a) Recurso interpuesto por los demandados.

Se alega por los demandados la incongruencia omisiva en que incurre la sentencia de la Audiencia Provincial al no rechazar de manera expresa el reconocimiento de los hechos probados que marcó, en su día, la jurisdicción penal de menores. En este sentido señala el Tribunal Supremo que *la Sala sentenciadora es libre y soberana de apreciar como consecuencia de la valoración de la prueba y de lo admitido por los escritos de las partes, la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al accidente de autos, sin tener que seguir la valoración de otras pruebas realizadas con anterioridad ante la jurisdicción penal, bien sea de menores u ordinaria, que es justamente lo que ha hecho en el caso que nos ocupa, sentando los fundamentos fácticos sobre los cuales se aplica la valoración jurídica de la existencia de una negligencia por parte del menor demandado e, igualmente, por culpa "in vigilando", de sus padres, por lo que sin precisión de rechazar ni las pruebas anteriormente llevadas a cabo en otra jurisdicción, ni los argumentos y alegaciones que en torno a ellas hagan una u otra parte, puede construir, de acuerdo con los hechos que constituyen el basamento fáctico de la resolución recurrida y no han sido debidamente impugnados en casación, una fundamentación fáctico-jurídica que ha de llevar a la lógica aplicación del mecanismo reparador de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.*

Por otro lado, entendían los recurrentes que en el supuesto de autos existía concurrencia de culpas y que por tanto la misma debió de aplicarse. En este sentido, el fundamento de derecho tercero de la sentencia de la Audiencia señalaba que "es evidente, que sin negar la responsabilidad de los padres

demandados como guardadores del menor, no cabe duda que en el desdichado incidente acaecido, contribuyó el actuar culposo y negligente del actor, pues como tal hay que calificar la conducta de quien, como tiene reconocido desde el inicio del litigio, permite ser acompañado por un menor de edad portando una escopeta de caza cargada y en disposición de ser usada, siendo a tal fin indiferente que el motivo de acompañar al menor lo fuera para que éste cobrara su primera pieza, o como él mismo indica con la presunta intención de apartar al menor de las posibles líneas de tiro, pues resulta insólito que si tal era su actitud, en cambio permitiera que éste llevara consigo un arma, sin prever que ésta, por el peso de la misma o por la poca aptitud del menor para su manejo se disparara como así efectivamente ocurrió, evento que resultaba perfectamente previsible y por lo tanto evitable de haberse obrado con la elemental diligencia de cerciorarse de que el arma se encontraba descargada o de impedir que el menor portase la misma, máxime cuando según sus propias e interesadas manifestaciones el motivo de acompañar el demandante al menor lo era para evitar precisamente accidentes como el ocurrido, por lo que es evidente que la actuación del actor concurrió en la producción del evento dañoso". Contestando a ello, señala el Tribunal Supremo *que ha de señalarse que del fallo de la resolución repetida, así como de lo razonado en el fundamento jurídico 4.º de la misma, se desprende una moderación de la responsabilidad civil, facultad esta de soberana aplicación por la Sala sentenciadora, cuyas conclusiones no pueden ser revisadas en casación, salvo supuestos excepcionales, que no concurren en este caso, sin que, por aplicación de la doctrina de esta Sala en torno a la congruencia, sea preciso rechazar expresamente todas y cada una de las alegaciones y pedimentos de las partes, cuando del fallo se desprende de manera evidente su rechazo.*

También sostienen los recurrentes que en el caso de autos concurría una culpa exclusiva de la víctima, a lo que el Tribunal Supremo responde que admitir esto implicaría una previa variación de los hechos probados, concluyendo que sólo existió negligencia en el menor y sus progenitores y no en la parte actora, lo que llevaría a convertir la casación en una tercera instancia.

b) Recurso interpuesto por el actor.

El recurso del actor está dirigido a elevar la cuantía de la indemnización que se contie-

ne en la sentencia de la Audiencia Provincial y a este respecto señala el Tribunal Supremo que este recurso no pretende otra cosa que revisar la cuantificación de las indemnizaciones fijadas por la Audiencia, empeño vano pues, repetimos una vez más, tal función es propia de la misma, cuyos criterios han de ser respetados en casación, salvo, lo que no sucede en este caso, pudieran ser calificados de ilógicos o contrarios a la ley.

V. SUSTRACCION DE MENORES

1. *Incumplimiento del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 22 de junio de 1998.

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

Las autoridades judiciales del Estado contratante, en aplicación judicial del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, no podrán decidir sobre el derecho de guarda de los menores salvo que se acredite que no se dan las condiciones previstas por el convenio para el retorno de los mismos. La demanda de separación interpuesta por el padre para obtener la guarda y custodia de los hijos entraña mala fe, una actuación desleal que pretende vulnerar la norma defraudada y supone el incumplimiento del deber jurídico de obediencia a las normas y la sentencia recurrida ha determinado que consiga sus objetivos.

ANALISIS DEL CASO

- El matrimonio mixto del ciudadano español José y la ciudadana suiza Therese, tras distintos avatares, desembocó en una ruptura de hecho, marchándose la mujer a su país con los hijos menores, nacidos en mayo de 1984 y agosto de 1985.

- La cónyuge inicia en Suiza un procedimiento de divorcio, cuya demanda presenta el 19 de septiembre de 1990, en los tribunales helvéticos, ante los que comparece el marido. Los cónyuges acuerdan conferir la custodia de los hijos a la madre en Suiza, sin perjuicio del derecho de visita del padre en España. El Tribunal Civil de la Región de Laupen dicta sentencia, con fecha 13 de marzo de 1991, homologando el “Convenio” (el mismo día, pero en un momento anterior, comparece el marido ante el Consulado español manifestando que los Tribunales suizos son incompetentes y que va a ratificar el “Convenio” bajo coacción).
- Aún en trámite el procedimiento de divorcio en Suiza, el marido solicita en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Almería (último domicilio común de los cónyuges) medidas provisionalísimas, previas a la demanda de separación, con base en el artículo 104 del Código Civil; denegada la petición por el Juzgado, esta resolución es confirmada por la Audiencia (Auto de 25 de mayo de 1991).
- Estando los menores en España, en virtud, precisamente, del derecho de visita concedido al padre por la sentencia suiza, los retiene más allá de los días que le correspondían y, además, presenta una demanda de separación en el Juzgado número seis de Almería (fecha 31 de julio de 1991) pidiendo, como pretensión accesoría, la custodia de los niños.
- La madre solicita (6 de agosto de 1991) la restitución inmediata de los menores fundamentándola en el Convenio de La Haya. Con fecha 25 de octubre de 1991 el juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Almería dicta auto ordenando la restitución. Apelada esta resolución es confirmada por la Audiencia (Auto de 24 de marzo de 1992). Firme el auto por providencia de 21 de abril de 1992, no se supieron adoptar las medidas adecuadas para su ejecución. En una pequeña capital de provincia donde el demandado tiene clínica abierta encuentran obstáculos para su citación; no se localizó a uno de los menores; otro es presentado por la Policía en el Juzgado número uno, en el mes de diciembre de 1992, para su entrega al Cónsul de Suiza en Málaga —en un estado psíquico acorde con la situación vivida durante más de un año— por unos niños que tenían 5 y 6 años de edad cuando se inició el procedimiento, ocasionándoseles un grave perjuicio por la dilación, manifiestamente indebida, en su restitución.
- Simultáneamente al procedimiento de retorno, se tramita la pieza separada de medidas provisionales en el Juzgado número seis y se dicta Auto, (7 de julio de 1992), confiando la custodia de los menores al padre, Auto declarado nulo posteriormente por no haber sido citado el Fiscal a la comparecencia prevista en los artículos 1897 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El 11 de septiembre de 1992 dicta sentencia en el pleito de separación el mismo Juzgado número seis y estima la demanda del padre,

acordando que los hijos continuarán bajo la guarda y custodia del padre. El 27 de octubre de 1993, se dicta por la Audiencia de Almería sentencia confirmando la de primera instancia que hace imposible la ejecución de un auto firme de la misma Sala estimando la demanda de retorno.

- En el Juzgado de Instrucción tres de Almería se incoan diligencias previas como consecuencia de la deducción de testimonio del Juzgado de Primera Instancia de la misma capital, que ha conocido de la demanda de restitución, por un presunto delito de desobediencia, con escrito de calificación del Ministerio Fiscal por dicho delito de fecha 2 de noviembre de 1992. Hubo, también, una pretensión de la madre de los menores de perseguir penalmente al padre por un delito de sustracción de menores, pretensión que se entendió no procedente por el Ministerio Fiscal.
- El Ministerio Fiscal, en interés de Ley, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993 que es estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en el presente recurso se centra en la colisión, que por el transcurso del tiempo se ha producido en dos resoluciones judiciales dictadas por juzgados de primera instancia, una de fecha 25 de octubre de 1991 (confirmada por la Audiencia Provincial el 24 de marzo de 1992), que acuerda la restitución de los menores con su madre de nacionalidad suiza y otra resolución posterior de 11 de septiembre de 1992 (confirmada por la Audiencia con fecha 27 de octubre de 1993) que otorga la guarda y custodia de los mismos al padre.

El no cumplimiento de la primera de las resoluciones que acordó la restitución de los menores a la madre en aplicación del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, permitió que con posterioridad se iniciase un procedimiento de separación en el que se atribuyó la guarda y custodia al padre, con lo cual se hace de imposible cumplimiento la primera de las resoluciones.

El Ministerio Fiscal interpuso el recurso de casación en interés de ley, basándose en la infracción del artículo 16 del Convenio citado (y por conexión la infracción de los artículos 3 del Código Civil y 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 y artículo primero también del Convenio de La Haya, en cuanto se ignora su finalidad) y por otro lado, del art 24.1 de la Constitución Española y 13.1.º del mismo texto legal. Analicemos por separado lo argumentado por las partes y lo resuelto por el Tribunal Supremo.

1. Infracción del art. 16 del Convenio de Sustracción de menores.

Señala el citado artículo 16 que “...las autoridades judiciales [...] a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio...”.

- a) Tesis mantenida por la Audiencia Provincial.

La sentencia impugnada considera cumplido el art. 16 del Convenio al afirmar que "...es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, por lo que habiéndose determinado por auto de esta Audiencia la restitución de los menores ello no es obstáculo para que se dicte resolución resolviendo sobre la acción personal ejercitada por un español, con residencia en España, referente a las medidas de los artículos 102 y 103 del Código Civil, porque siendo competentes los Tribunales españoles para conocer de la separación del matrimonio contraído en España, debiendo aplicar la Ley española conforme al artículo 107 del Código Civil, artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, corresponde al Juez de Primera Instancia competente adoptar las medidas que se exponen en el artículo 91. Esta obligación del Juez, dimanante del mandato genérico del artículo 1.7 del Código Civil, comprende la adopción de las medidas referentes a la patria potestad y custodia de los hijos, y régimen de visitas de los progenitores, procurando siempre el "favor filii". Por ello podemos afirmar que una cosa es pedir que se regulen las relaciones personales de los cónyuges y los hijos del matrimonio por causa de la separación matrimonial y otra distinta es la petición de devolución de unos menores por una previa sustracción, al amparo de aquel Convenio, petición que no requiere el "exequatur" de la sentencia origen de la custodia del menor que se pretende restituir y de la que este Tribunal también ha tenido conocimiento al resolver, estimando dicha petición formulada por la Autoridad helvética mediante auto de 24 de marzo de 1992, que confirmaba resolución en el mismo sentido del Juzgado de fecha 25 de octubre de 1991, y con las que se ha dado la restitución inmediata de los menores cursada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en fecha 8 de agosto de 1991".

- b) Tesis mantenida por el Ministerio Fiscal.

Considera el Ministerio Fiscal que las pautas seguidas por la Audiencia para fijar el alcance del precepto vulneran el canon interpretativo de las normas jurídicas que establece el artículo 3.º del Código Civil al explicitar los distintos elementos que componen la operación hermenéutica, revelando el "espíritu y finalidad de aquellas", en consonancia, también, con lo dispuesto en los artículos 31 y 33 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los tratados que exige la buena fe y que se tenga en cuenta el "objeto y fin del tratado", a cuyo efecto, podrá acudirse a medios de interpretación complementarios tales cuales los "trabajos preparatorios" y las "circunstancias de su celebración". La finalidad del Convenio es la "restitución de menores". Por ello, una interpretación del artículo 16 que permita entender que, sin haber sido restituido el menor, pese a haberse acordado así cabe que, paralelamente, entrando a conocer del fondo del asunto se frustrase aquella finalidad impidiendo el retorno, pugna con los criterios hermenéuticos reseñados, pues todos ellos apoyan la prioridad de la restitución, sin perjuicio de lo que luego proceda.

El artículo 16 del Convenio —sostiene el Ministerio Fiscal— ha de interpretarse a la luz del artículo 1.º que establece como finalidad del Convenio las siguientes:

- Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

- c) Resolución del Tribunal Supremo.

Entiende nuestro más alto tribunal que *la sentencia que se impugna ha incurrido en*

un “desatino”: de un lado, la Audiencia de Almería ha accedido a la demanda de retorno de los niños, interpuesta por la madre, por entender, en la resolución dictada en este procedimiento, que “nos encontramos ante un caso encuadrable en el artículo 3 del citado Convenio (de La Haya) porque la madre tiene encomendada la custodia y guarda de los dos menores en virtud de sentencia de divorcio del tribunal helvético, produciéndose una retención ilícita al no devolverse por el padre español a los menores [...] el citado convenio permite a las autoridades judiciales del Estado requerido tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas del requirente, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual al menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras (artículo 14 del Convenio). Por otra parte consta el consentimiento del padre de los menores al Convenio que determinó la resolución judicial de divorcio, en donde se estableció que la guarda y custodia de los hijos correspondió a la madre...”, para concluir conforme la resolución recurrida (que acordaba el retorno de los niños a Suiza) “al darse los requisitos exigidos por el repetido Convenio [...] sin que concurran ninguna de las causas previstas en los artículos 12 y 13 del convenio para la denegación”. (Auto 24 de marzo de 1992). De otro lado, el mismo órgano jurisdiccional resuelve sobre la demanda de separación matrimonial del padre de los niños que pide, como pretensión accesoria, la custodia de éstos en el sentido ya indicado y por las razones ya expuestas en la sentencia que se impugna. En definitiva, en un lenguaje llano, el mismo órgano jurisdiccional resuelve, en un procedimiento, que se vayan los menores a Suiza con su madre porque ésta es el cónyuge custodio, según la sentencia helvética, y en otro, que se queden en España con su padre,

porque a éste le corresponde la custodia de los menores. La interpretación del artículo 16 de la sentencia impugnada choca con las reglas de hermenéutica expuestas y con la finalidad del Convenio de La Haya explicitada de manera rotunda en el artículo 1.^o

Sin duda que la interpretación de la Audiencia, por más que pretenda justificar su resolución, so pena de un examen literalista —y aislado— del artículo 16 del Convenio XXVIII de La Haya, llega a consecuencias frustrantes para la razón de ser del Convenio que busca, en primer término, el retorno del menor sustraído ilícitamente, bajo la guarda de quienes ostentaban su custodia establecida, en el caso, por las autoridades judiciales del Estado, donde el menor residía al tiempo de la retención ilegítima, sin perjuicio, de las ulteriores decisiones que sobre el fondo pudieran adoptarse y sobre cuya ejecución habría de procederse, si preciso fuera, según las reglas de cooperación judicial internacional aplicables. Los precedentes criterios conducen a la estimación del motivo.

El Tribunal Supremo establece como doctrina aplicable en situaciones semejantes la siguiente:

a) *Que la interpretación del artículo 16, hecha por la sentencia recurrida es errónea, por absurda y contraria a la finalidad, antecedentes históricos y legislativos, trabajos preparatorios del Convenio de La Haya (artículo 1 de dicho Convenio; artículos 31 y 32 del Convenio de Viena, artículo 3 del Código Civil).*

b) *Que la interpretación acertada de aquel precepto, conforme a estas normas de hermenéutica, supone que las autoridades judiciales del Estado contratante, requerido no podrán decidir sobre el fondo, derecho de guarda de los menores, hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el convenio para el retorno de los mismos.*

2. Vulneración de los arts. 24.1 y 13.1.º de la Constitución Española.

El otro motivo de impugnación alegado por el Ministerio Fiscal se refiere a la infracción de los artículos 24.1 de la Constitución Española y 13.1.º del mismo texto legal, y así lo entiende el Tribunal Supremo, *pues efectivamente, la sentencia impugnada vulnera el principio de tutela efectiva en relación con la madre de los menores, solicitante del retorno, porque tal sentencia impide la ejecución del auto firme anterior recaído en dicho procedimiento a su favor, cuya ejecución hace imposible la sentencia recurrida. Nos encontramos pues ante una resolución firme de un órgano judicial español, recaída en el procedimiento de retorno, que no ha sido ejecutada, ni lo podrá ser, como consecuencia de la sentencia dictada por el mismo órgano jurisdiccional en el procedimiento de separación. Recuérdese, que el principio de tutela efectiva no sólo contiene el derecho a la obtención de un fallo fundamentado sino también la ejecución de dicho fallo cuando sea firme. Reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Constitucional que el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del artículo 24.1 de la Constitución Española (Sentencia 148/89). Si así no fuera, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (sentencia 167/87). En igual sentido sentencias 152/90, 35/94, entre otras muchas.*

En conclusión, dicha sentencia ha impedido la tutela efectiva de la madre de los menores (artículo 24.1 de la Constitución Española), derecho fundamental que el artículo 13, también de la Constitución Española, garantiza a los extranjeros “en los términos que se establecen en los tratados y las leyes”, haciendo imposible la ejecución de una resolución firme a su favor, al confirmar la sentencia de primera instancia recaído el procedimiento de separación. La interpretación de la sentencia recurrida propicia un resultado en fraude de Ley intolerable en aplicación de los artículos 6.4 del Código Civil y sobre todo del artículo 11.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La demanda de separación del padre y, en general, toda su conducta procesal entraña una mala fe, una actuación desleal que pretende vulnerar la norma defraudada y supone el incumplimiento del deber jurídico de obediencia a las normas y la sentencia recurrida ha determinado que consiga sus objetivos.

Teniendo en cuenta la finalidad del recurso de casación en interés de ley, que deja intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida, el Tribunal Supremo, a efectos meramente declarativos señala que la sentencia impugnada debió interpretar el artículo 16 del Convenio de La Haya, sobre sustracción de menores en la forma que se ha dicho. No obstante, la inmodificabilidad de la cosa juzgada no impide que los que se hallen legitimados, en el caso, ejerciten si vieren convenirle las acciones correspondientes, para obtener la reparación por los daños y perjuicios causados, según las responsabilidades que procedan.

VI. SUCESIONES

1. *Momento en que se perfecciona la donación.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 17 de abril de 1998.

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

El art. 629 del CC que fija la eficacia de la donación desde el momento de la aceptación es de aplicación preferente sobre el art. 623 del CC que exige el requisito de que el donante conozca la aceptación del beneficiario de la liberalidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Manuel y doña Josefa (padres de todos los litigantes) mediante escritura notarial de fecha 17 de junio de 1983, hicieron donación, pura, simple y gratuita, a favor del actor, don Marcelino y sus tres hermanas, doña Carmen, doña Josefa y doña Angela del trozo de terreno, con vivienda familiar por cuartas partes indivisas. La referida doña Carmen (demandada y parte recurrida) aceptó la donación en escritura otorgada el 19 de julio de 1983. Los donantes fallecieron, el padre, don Manuel, el 10 de agosto de 1987 y la madre, doña Josefa, el 28 de marzo de 1992.
- Don Marcelino interpuso demanda de menor cuantía contra sus hermanas doña Carmen, doña Angela y doña Josefa solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la inexistencia o nulidad de la donación hecha por don Manuel y doña Josefa a doña Carmen de una cuarta parte indivisa de un inmueble condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración así como que son nulas también cuantas inscripciones se hayan practicado como consecuencia de dicha donación mandando cancelar las mismas si se hubiesen efectuado, debiendo restituir la demandada el inmueble donado con los frutos percibidos desde la fecha del otorgamiento de la escritura con expresa imposición de costas a los demandados si se opusieren a la demanda.
- La demandada, doña Carmen, se personó en autos solicitando la desestimación de la demanda y que se declare que ella es dueña, en pleno dominio de la cuarta parte indivisa del inmueble por haberla adquirido mediante escritura pública de donación, debidamente perfeccionada por la aceptación de

la demandada y al haber fallecido los donantes, lo que ha supuesto la consolidación plena del dominio. Al mismo tiempo formó reconvencción y solicitando que se condene a don Marcelino a indemnizarla en concepto de daños y perjuicios.

- La codemandada, doña Josefa efectuó personamiento procesal y se adhirió a la contestación que formuló doña Carmen. La también demandada doña Angela se allanó a la demanda en comparecencia judicial de 2 de marzo de 1995.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. uno de Gijón dictó sentencia con fecha 7 de junio de 1995 desestimando la demanda y la reconvencción imponiendo al demandante las costas causadas y a la demandada reconviniente las derivadas de la reconvencción.
- La Sec. sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en grado de apelación, dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por el actor.
- Don Marcelino interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala el art. 623 del Código Civil que “la donación se perfeccionará desde que el donante conoce la aceptación del donatario” y sosteniendo el actor que la aceptación de la demandada doña Carmen no llegó a conocimiento de los donantes, ya que ésta no comunicó a sus progenitores la escritura de aceptación, entiende que procede declarar la inexistencia o nulidad de la donación.

Teniendo en cuenta que doña Carmen aceptó la donación en escritura pública de fecha anterior al fallecimiento de los padres, en principio la cuestión controvertida surgiría respecto a si la alegada falta de notificación o comunicación de la aceptación impide la eficacia de la donación, sin embargo, hay que tener presente lo establecido en el art. 629 del CC, según el cual “la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”. Por tanto, la cuestión a decidir es estrictamente jurídica y consiste en determinar y centrar el choque de normas y su posible compatibilidad.

A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que *la jurisprudencia de esta Sala no ha abordado la cuestión directamente como “thema decidendi” específico y no ha decidido definitivamente la problemática jurídica de la prevalencia y aplicación del artículo 623, que acentúa la perfección de la donación, en cuanto exige que el donante conozca o llegue a saber la aceptación del beneficiario de la liberalidad, respecto al 629, que atiende a su obligación y eficacia, que se produce desde el momento de la aceptación por el donatario. Así sucede con las sentencias que cita el recurrente de 16-IV-1910, 8-IV-1926, 22-I-1930, 1-XII-1948, 1-XII-1964 y la de 6 de abril de 1979, si bien esta, y cuyo precedente es la antigua de 12 de junio de 1896, no resulta tan rigurosa, pues lo que viene a exigir, tratándose de donación no manual, que se dé concurrencia imprescindible de aceptación posterior y por escrito del donatario “que transforma la voluntad del oferente o donan-*

te en obligación exigible y a éste en deudor”, con referencia al artículo 632.

En trance de decir e interpretar casacionalmente la cuestión suscitada, ha de tenerse en cuenta y partir de que la donación surge a la vida jurídica por consecuencia de un acto de liberalidad unilateral de quien la otorga (art. 618), aunque en su dinámica se someta a la normativa que disciplina las relaciones contractuales (art. 621 del Código Civil).

Con referencia al caso que nos ocupa ha de tenerse en cuenta y debe prevalecer el artículo 629, ya que la sentencia recurrida sienta como hecho probado firme, sin contradicción alguna de adverso —atendiendo a la prueba testifical y entorno familiar de los interesados—, que los padres, así como el recurrente, llegaron a tener noticia de que doña Carmen había aceptado la donación que le habían efectuado.

Tal base fáctica incólume resultaría bastante para desestimar el recurso, pero su propio planteamiento exige dar respuesta casacional a la tesis doctrinal que plantea y conduce a la conclusión que se deja expuesta por las siguientes razones:

a) Los antecedentes históricos así lo ponen de manifiesto, ya que el Anteproyecto del Código Civil y Proyecto de 1851, como la primera edición (art. 623), refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo “irrevocable” por el verbo transitivo “perfecciona”, con lo cual la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un acto de generosidad estrictamente gratuito,

dimanante de la voluntad del oferente que puede deshacer y dejar sin efecto, y al que se pone fin cuando el donatario expresa y transmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó. Dicha posibilidad de revocación subsiste durante la vida de los donantes, pero acaba con su fallecimiento, como sucede en el presente supuesto, ya que la facultad revocatoria no se transmite a los herederos y, por tanto éstos carecen de legitimación para dejarla sin efecto y con ello contradecir la voluntad de los otorgantes, que en este caso mantuvieron los padres durante su vida; por todo lo cual y lo que se deja estudiado, ha de prevalecer y respetarse la voluntad decidida y nunca desistida de los progenitores de beneficiar por partes iguales a sus cuatro hijos con la donación de la finca que llevaron a cabo.

Al producirse la muerte de los otorgantes la donación quedó completa y definitivamente consolidada, alcanzando total firmeza, ya que la liberalidad no fue revocada en ningún momento y se trata de donación sin reservas. Es de tener en cuenta que el artículo 161 del Fuero de Navarra (Ley de 1 de marzo de 1973 y de 1 de abril de 1987), mantienen la orientación primera del Código Civil, en cuanto prevé que las donaciones de bienes inmuebles resultan irrevocables desde el momento en que se hubiera notificado al donante la aceptación en escritura pública.

b) A su vez ha de tenerse en cuenta que la donación controvertida no se trata de obligacional, sino efectuada como traslativa de la propiedad y así se hace constar en la escritura de 17 de junio de 1983, en la que los donantes ceden la nuda propiedad del inmueble, que hacen suyo los cuatro hijos beneficiados por cuartas partes indivisas, por lo cual resulta concurrente, de modo bien expresado, la voluntad de transmitir y la de adquirir generada por la aceptación de los destinatarios del bien transferido, que ingresó de este modo en el patrimonio de los mismos, con lo cual los donantes quedaron vinculados y el acto jurídico de donar resul-

ta plenamente eficaz por la cesión patrimonial llevada a cabo a medio de la escritura pública en la que consta.

c) A su vez la interpretación de las normas, ajustada a una lógica razonable y al criterio finalista contenido en el artículo 3.1 del Código Civil, favorece al donatario y hace respetar la voluntad de los padres de los que litigan, ya que su “animus donandi” de igualdad entre los hijos persistió durante toda su vida, con lo que se refuerza las conclusiones que se dejan sentadas, pues entenderlo de otra manera podría desencadenar situación de posible abuso del derecho, la aplicación férrea del artículo 623, cuando el donador adopta una postura rehuyente, o impeditiva u obstativa al recibir la aceptación del donatario, y al no sentirse obligado le facilitaría la disponibilidad de los bienes

objeto de la donación que libremente insauró.

A efectos del artículo 633 del Código Civil, tanto la donación como la aceptación cumplieron el requisito formal de constar en escritura pública, si bien no rigió unidad de acto, al haber efectuado la aceptación en documento posterior; pero lo que es importante es que tuvo lugar en vida de los donantes como impone el precepto. En cuanto a la exigencia de que se notifique en forma auténtica la aceptación al donante, realizada mediante escritura separada, ha de estarse a lo que se deja estudiado en cuanto a la armonía de los artículos 623 y 629, con relación a la anotación en las escrituras de la donación y aceptación, de condición formal, que no la priva de validez y no hace ineficaz la donación llevada a cabo.

2. Donación simulada bajo la apariencia de una compraventa.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 25 de junio de 1998.

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

Procede declarar la nulidad de la escritura de compraventa celebrada entre los padres y uno de los hijos y declarar la existencia de una donación por parte de los vendedores de los bienes objeto de aquella en favor de los que aparecían como compradores y que de ser inoficiosa la donación se anule y reduzca en cuanto perjudique la legítima estricta de los herederos.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Carmen y doña Angeles interpusieron demanda de menor cuantía contra doña María (madre de las actoras), don José Antonio (hermano de las actoras) y doña Aurea (esposa del demandado) solicitando la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa celebrado entre don Mariano (fallecido y padre de las actoras) y doña María, como vendedores y don

José Antonio y doña Aurea, como compradores, de fecha 1 de marzo de 1983.

- El Juzgado de Primera Instancia número Tres de Palencia dictó sentencia con fecha 28 de abril de 1989 declarando nulo de pleno derecho y sin efecto alguno dicho contrato de compraventa y, en consecuencia, condenó a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a que reintegren al haber hereditario del fallecido don Mariano los bienes objeto del expresado contrato, a fin de que se proceda a su partición conforme a derecho, cancelándose todas las inscripciones registrales que a favor de los demandados y a virtud del contrato se practicaran en el correspondiente Registro de la Propiedad.
- En grado de apelación, la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia con fecha 24 de enero de 1991 revocando la de instancia y cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “Declarar la inexistencia de contrato de compraventa otorgado ante Notario con fecha 1 de marzo de 1983 y la existencia de una donación por parte de los vendedores de los bienes objeto de aquella en favor de los que aparecían como compradores en consecuencia, se ordena la cancelación de la inscripción registral de la referida compraventa y que de ser inoficiosa la donación se anule y reduzca en cuanto perjudique a los derechos legitimarios de los demandantes extremo que se determinará en periodo de ejecución de sentencia”.
- Por el Juzgado, en fase de ejecución, se dictó Auto en fecha 2 de noviembre de 1993, acordándose: “No ha lugar a la reducción o anulación de la donación efectuada por el causante don Mariano y su esposa en favor de su hijo don José Antonio y plasmada en escritura de compraventa otorgada en fecha 1 de marzo de 1983, debiendo mantener el citado demandado y esposa la posesión y plena propiedad de los bienes objeto de la donación al no afectar a los derechos hereditarios en cuanto a la legítima de sus hermanas y también herederas doña María del Carmen y doña María Angeles, y no tener tal donación la consideración de inoficiosa ni total ni parcialmente”.
- Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación por doña Angeles y doña Carmen, siendo apelados don José Antonio, doña Angeles y doña Aurea, dictándose en fecha 14 de abril de 1994 Auto, cuya parte dispositiva es la siguiente: “Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de doña María del Carmen y doña Angeles, contra el auto dictado el día 2 de noviembre de 1993, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Palencia, en ejecución de los autos de menor cuantía, debemos revocar, como revocamos, dicha resolución, declarando la inoficiosidad de la donación efectuada por el fallecido don Mariano en favor de su

hijo y demandado don José Antonio, mediante instrumento público de fecha 1 de marzo de 1983, correspondiendo al donatario la facultad de retener las fincas abonando a sus hermanas hoy recurrentes el importe de la reducción en dinero y, en su caso, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 822 del Código Civil”.

- Don José Antonio, doña Aurea y doña María interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Celebrada una compraventa entre los padres y uno de los hijos del matrimonio, las otras hermanas instaron la nulidad de dicho contrato, cuestión que fue resuelta por el Juzgado de instancia declarando la nulidad de la misma. La Audiencia Provincial mantuvo el mismo criterio, sin embargo, declaró que en dicha transmisión existía una donación por parte de los vendedores y a favor del hijo y de su esposa que aparecían como compradores, es decir una donación simulada bajo la apariencia de una compraventa.

No cuestionándose por ninguna de las partes la nulidad de la compraventa, la cuestión se centra en la donación que lleva implícita aquella para determinar si perjudica o no a los derechos de los otros herederos. Conforme señala el 636 del CC, ninguno podrá recibir, por vía de donación, más de lo que pueda recibir por testamento, y por tanto, la donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida. Por consiguiente, la validez de aquella donación estaba condicionada a que no resultase inoficiosa —o al menos en la cuantía que procediese—, para lo cual, y en periodo de ejecución de sentencia, conforme a las bases establecidas en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial “habría que fijar la legítima estricta de los herederos forzosos interesados en la herencia de don Mariano, a cuyo efecto deberán ser tasados todos los bienes dejados por dicho causante a su muerte (818 del Código Civil) sin que el Juez que conozca de la ejecución tenga que

sujetarse, necesariamente, a las tasaciones periciales que ya obran en autos respecto de los bienes objeto de los contratos cuya validez se ha impugnado en este proceso”.

Realizado el proceso de tasación de todos los bienes que componían la herencia de don Mariano, se llegó a la conclusión de que el caudal relicto ascendía a 21.230.541 pts., (incluido el valor de la donación) planteándose el problema en cuanto a la cuantía de la legítima, ya que tanto la Audiencia como el Juzgado llegan a cantidades distintas:

a) Cálculos efectuados por el Juzgado. Teniendo en cuenta que la legítima estricta de los herederos supone 1/3 de la totalidad de la herencia, es decir, 7.076.847 pts., corresponde a cada una de las actoras la cantidad de 2.358.949 pts o lo que es lo mismo 4.717.898 pts. a las dos. Como los bienes existentes en el momento del fallecimiento de don Mariano ascienden a 8.678.776 pts., es claro que con ellos pueden abonarse las legítimas de ambas hermanas y que por consiguiente, la donación no es inoficiosa y no procede ni su reducción ni su anulación.

b) Cálculos efectuados por la Audiencia Provincial. Entiende esta que a cada uno de los herederos corresponde 1/3 de la legítima estricta y un 1/3 de la mejora, con lo cual a las hermanas actoras les correspondería 4/9 partes de la herencia (legítima larga) lo que es igual a 9.435.796 pts. y por ello la do-

nación resultaría inoficiosa en 757.020 pts. La Audiencia otorga al donatario la facultad de retener las fincas abonando a sus hermanas el importe de la reducción en dinero.

Los donatarios interpusieron recurso de casación contra el auto de la Audiencia Provincial por entender que dicha resolución había resuelto puntos sustanciales que contradicen lo ejecutoriado, es decir, y como señala textuamente el recurrente, se trata de “ver únicamente si, atendidos a la ejecutoria, los pronunciamientos de instancia ordenados a su ejecución desbordan el contenido de lo mandado (Sentencias de 16 de octubre de 1987, 26 de octubre de 1987, 24 de febrero de 1989, 24 de mayo de 1989, 15 de junio de 1989, 15 de julio de 1989, 24 de mayo de 1990 y 4 de diciembre de 1992). La cuestión es muy simple de plantear, toda vez que la ejecutoria manda reducir la donación siempre y cuando perjudique la legítima corta de las actoras (“...donación cuya posible inoficiosidad —y en qué extensión— se determinará en ejecución de sentencia, mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos...”), mientras que el auto que se recurre entiende que lo que se debe salvaguardar es la legítima larga de las demandantes, imputando por tanto la donación al tercio de legítima corta y no al de mejora, poniéndose de relieve, consecuentemente, la extralimitación o exceso de poder en la ejecución por parte de la Audiencia Provincial, al resolver como lo ha hecho oponiéndose a lo ejecutoriado. Se alega por la Audiencia en el fundamento de derecho tercero de su auto dictado en fase de ejecución de sentencia, que la expresión literal de la ejecutoria “mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos” alude a una cuestión que no fue objeto del litigio. A juicio de esta parte tal afirmación es del todo errónea, pues no solo dicha cuestión forma parte del objeto del proceso, sino que es además un punto sustancial de la sentencia firme. Hay que poner

de relieve que ese Tribunal Supremo ha enseñado reiteradamente (Sentencias entre otras, de 26 de octubre de 1987, 24 de febrero de 1989, 4 de diciembre de 1992) que existirá extralimitación o contradicción con lo ejecutoriado, con evidente exceso en las actividades ejecutivas realizadas para el cumplimiento, cuando se decida sobre extremos que no sean consecuencia natural, lógica e ineludible de la situación jurídica examinada en el litigio, o no se produzcan los efectos propios de la sentencia; indicando las de 23 de octubre de 1967, 27 de febrero de 1971, 11 de marzo de 1972 y 17 de abril de 1979, que no se extralimita el juzgador que ejecuta el fallo, antes al contrario, cumple su función, cuando esclarece dudas, salva antítesis u obtiene todas las consecuencias de las premisas sentadas y el auto de la Audiencia, acordando que la donación resulta inoficiosa en tanto no queda cubierta la legítima larga de cada una de las dos actoras, vulnera lo ejecutoriado en cuanto la sentencia firme sólo declaró la posible inoficiosidad de la donación mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos.

La cuestión a decidir por el Tribunal Supremo es si el auto cuestionado entra a resolver puntos sustanciales no controvertidos, no decididos o en contradicción con lo ejecutoriado, es decir, según la constante doctrina jurisprudencial mantenida al respecto y reseñada en el motivo, a comprobar si los pronunciamientos ordenados a la ejecución de la sentencia, desbordan o no el contenido de lo mandado, de tal manera, que existirá extralimitación o contradicción con lo ejecutoriado, cuando se decida sobre extremos que no sean consecuencia lógica y natural de lo examinado y resuelto en el litigio o no se produzcan los efectos propios de la sentencia, y es por ello por lo que ha de efectuarse una indispensable comparación entre los términos del fallo a ejecutar y lo decidido en el proceso para su efectividad, de suerte que si

tal acomodación existe, el recurso tendrá que ser desestimado, sin que sea lícito volver sobre pedimentos no reflejados en la parte dispositiva de la sentencia.

Llevando a cabo la comparación antedicha, cabe apreciar que el fallo de la sentencia de la Audiencia, de fecha 24 de enero de 1991, ordenó que, caso de ser inoficiosa la donación, se anulase y redujese en cuanto perjudique a los derechos legitimarios de los demandantes —las hermanas doña María del Carmen y doña Angeles— y que el fundamento de derecho quinto de la misma hizo alusión a que la posible inoficiosidad se determinará mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos, particulares, uno y otro, que fueron tenidos en cuenta en el fundamento de derecho cuarto del auto de la Audiencia de fecha 14 de abril de 1994, en cuanto que “infirió que toda donación efectuada a un hijo es, en principio, un anticipo de su legítima estricta hereditaria” y que “la donación disimulada bajo la apariencia de compraventa no sólo no constituía mejora expresa sino tan siquiera cabe englobarla en los supuestos que algún sector doctrinal reputa mejoras tácitas admisibles”, consideraciones ambas que formuló con base en lo dispuesto en los artículos 819 y 825 del Código Civil, y de las que extrajo la consecuencia —en el inciso final del mentado fundamento— que “lo donado ha de imputarse exclusivamente a la legítima estricta o corta del donatario y en lo que exceda de ésta y del tercio de libre disposición resultará inoficiosa y deberá procederse a su reducción”.

Continuando el análisis comparativo, y partiendo, sin duda, de la consideración con-

cerniente a que la donación disimulada no podía constituir una mejora expresa, la Audiencia, en el fundamento de derecho quinto del auto, estimó que “a las actoras les correspondían las cuatro novenas partes por sus dos tercios de la legítima corta y de la mejora”, pero semejante apreciación, viene a contradecir, sin duda alguna, lo ejecutoriado en cuanto que no tiene en cuenta el claro mandato de la sentencia: “...mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos interesados en la herencia”, pues, con arreglo a dicho mandato, la legítima estricta de cada una de las actoras hermanas representaría un tercio del valor de los bienes, y entender lo contrario, implicaría alterar totalmente los términos de la ejecutoria y separarse, por completo, de las consecuencias naturales y lógicas de la situación jurídica litigiosa, puesto que de modo inexorable hay que someterse a lo dispuesto en la sentencia que es objeto de ejecución.

Basta atender al razonamiento acabado de exponer para comprender que la resolución recurrida merece ser casada, y entender, por el contrario, ajustada a derecho la resolución del Juzgado, de fecha 2 de noviembre de 1993, por lo que, dando por reproducida en su integridad la fundamentación jurídica que contiene, es de concluir, con base en la parte final de su fundamento de derecho tercero, que a cada actora corresponde 1/3 (2.358.949), en total 4.717.898 pesetas, con lo cual, el valor de los bienes dejados, 8.678.776 pesetas, cubría la legítima estricta de las mismas, y esto así, la nulidad del auto recurrido conduce, en definitiva, a confirmar el del Juzgado en la totalidad de sus pronunciamientos, dando lugar al recurso de casación.

3. *Nulidad de compraventa por simulación absoluta e inexistencia de donación.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 30 de junio de 1998.

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

No existe falta de litisconsorcio pasivo, ya que habiendo fallecido el demandado se dirige la demanda contra su heredera —su esposa— sin que sea preciso demandar también a sus propios hijos, legitimarios del mismo. Acreditado que no hubo entrega del precio indicado en la escritura de compraventa, procede declarar su nulidad, sin que pueda deducirse la existencia de una donación disimulada, puesto que no ha resultado probado en las actuaciones que el contrato simulado encubra una donación remuneratoria que retribuye unos concretos servicios prestados por los donatarios.

ANALISIS DEL CASO

- Doña María Montserrat y doña Matilde interpusieron demanda de menor cuantía contra los ignorados herederos y la herencia yacente de don Juan R.C., solicitando que se declare a favor de las demandantes su derecho de legítima en la herencia de su difunto padre Juan R.V. en la cuantía para cada una de ellas de 7.480.833 pts. u otra cantidad distinta que de la prueba resulte, declaración que llevará aparejada la consideración de simulada de la venta de la mitad indivisa de la finca registral núm. 61.288, y por tanto, equiparable a una donación colacionable a todos los efectos para cuantificar la cuota legitimaria de la herencia paterna. Igualmente solicitaron que se declare a su favor el derecho de legítima en la herencia de su difunta madre María en la cuantía individual de 3.025.000 pts. u otra cantidad distinta que de la prueba resulte y el resolvente estime más justa. En el suplico de la demanda, también se incluía la solicitud de condena al demandado a satisfacer los intereses legales de las anteriores cantidades desde la fecha de fallecimiento de los causantes: 6 de octubre de 1987, óbito de Juan R.V. y 13 de diciembre de 1990, fallecimiento de María y hasta el mismo día que se hagan efectivas las mismas por el heredero a cada una de las legitimarias.
- Doña Juana (viuda y heredera de don Juan R.C.), contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplica-

ción para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda formulada por las actoras doña María Montserrat y doña Matilde, se absuelva de la misma tanto a los ignorados herederos o herencia yacente de don Juan R.C., como a la demandada doña Juana, imponiendo a la parte actora todas las costas del juicio.

- Doña María Montserrat y Matilde interpusieron también demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Juana, solicitando que se declare que es nula, por simulación absoluta, la escritura pública de compraventa otorgada por don Juan R.V. y doña María a favor de don Juan R.C. y doña Juana (y por tanto las inscripciones registrales), debiendo revertir al caudal hereditario los bienes objeto de la misma.
- Doña Juana contestó a la anterior 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 desestimando íntegramente la demanda formulada por las actoras doña María Montserrat y doña Matilde, se absuelva de la misma a la demandada, con expresa condena en costas a la adversa.
- Con fecha 18 de mayo 1992 se dictó auto dando lugar a la acumulación de autos originados por ambas demandas.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 4 de Lleida dictó sentencia con fecha 31 de julio de 1993, estimando la demanda, declarando la nulidad absoluta de la escritura de compra-venta otorgada por don Juan R.V. y por doña María a favor de don Juan R.C. y doña Juana y consiguiente nulidad de los asientos registrales que hubiere provocado, procediendo su cancelación, debiendo integrarse al acervo hereditario los bienes objeto de la misma. La cuantía de la legítima correspondiente a cada una de las demandantes es de 6.882.428 pts. en la herencia del padre don Juan R.V. y la de 3.146.000 pts. en la herencia de la madre doña María. Igualmente condenaba a la demandada doña Juana a estar y pasar por estos pronunciamientos y al pago de la cuota legitimaria expresada y de los intereses legales desde la fecha del fallecimiento de los causantes; condenándola asimismo al pago de las costas procesales.
- Interpuesto recurso de apelación por doña Juana, la Sec. 2.^ª de la Audiencia Provincial de Lleida dictó sentencia el 21 de marzo de 1994, desestimando el recurso de apelación y confirmando íntegramente la expresada resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de la apelación.
- Doña Juana interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Analícemos separadamente cada uno de los motivos de casación planteados por la recurrente:

- a) Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Alega la recurrente que concurre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ya que pueden ser afectados por la sentencia dictada los hijos del primer demandado fallecido y de la recurrente, toda vez que los mismos son legitimarios de aquél y al estimar la sentencia recurrida la demanda queda reducido su caudal relicto y sus hijos también ven disminuida la cuantía de su cuota legitimaria.

A este respecto conviene precisar cuál es la doctrina del Tribunal Supremo sobre el litisconsorcio pasivo necesario, señalando al efecto nuestro más alto tribunal que la doctrina de esta Sala es muy reiterada y uniforme y la resume la S. de 25 de junio de 1997 recordando que es una figura de creación jurisprudencial, que ha sido definida por la doctrina de esta Sala, en las SS. de 11 de diciembre de 1990, 7 de enero de 1992, 30 de enero de 1993 y 6 de abril de 1996, entre otras muchas: la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Y la de 12 de marzo de 1997 añade que se evita que a las personas que no han sido parte en el proceso les alcancen los efectos que puedan derivarse de la sentencia que se dicte en el mismo. Con ello, se preserva el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el art. 24 CE. La S. de 12 de abril de 1996 y la citada de 12 de marzo de 1997, resumen la doctrina

jurisprudencial, plasmada en SS. de 3 de mayo de 1977, 16 de diciembre de 1986, 24 de abril y 23 de octubre de 1990, en los siguientes términos: lo característico del litisconsorcio pasivo necesario, y lo que provoca la extensión de cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues si no es así, si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter perjudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario.

A la vista de la anterior doctrina, el Tribunal Supremo desestima el motivo. La acción de nulidad de la compraventa y de reclamación de legítima que han ejercitado las demandantes se ha dirigido correctamente, en un principio, contra el heredero de las causantes (hermano de aquéllas) y, al fallecer, contra su esposa que es su heredera. La sentencia que cita ésta, en este motivo del recurso, de 14 de noviembre de 1986, contempla este caso; el legitimario que, en defensa de su legítima, demanda una nulidad por simulación de una compraventa y el heredero defiende su validez. En el caso: presente, se ha repetido esta situación con la particularidad de que el heredero ha fallecido y se demanda a su heredera, su esposa, sin que sea preciso —para tener como bien constituida la relación jurídico-procesal— demandar también a sus propios hijos, legitimarios del mismo.

Estos tienen la expectativa jurídica de reclamar la legítima en la cuantía que resulte, y cualquier proceso en que se discuta algún valor patrimonial del causante, no tiene que dirigirse también contra sus legitimarios; los efectos de la sentencia se les producen con carácter reflejo, porque la relación material, que es la declaración de nulidad de una compraventa, les afecta simplemente con carác-

ter perjudicial y ello, como dicen las SS. de 12 de abril de 1996 y 12 de marzo de 1997, no da lugar a la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

b) Acumulación de acciones.

Sostiene la parte recurrente que no debió admitirse la acumulación de acciones al ser incompatible el ejercicio simultáneo de ambas conforme a lo dispuesto en el art. 154.1.º de la LEC. A tal efecto, señala el Tribunal Supremo que el motivo debe ser desestimado, atendiendo a la no producción de indefensión, a la corrección de la acumulación y a la improcedencia de la alegación que se hace en el desarrollo del motivo.

El núm. 3 del art. 1692 LEC recoge como motivo de casación el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, lo que no se plantea, o de las que rigen los actos y garantías procesales. Pero exige, en este supuesto, que se haya producido indefensión y ésta no se da en el presente caso, en que la parte recurrente en casación ha comparecido en autos, ha actuado como demandada y, contra lo que exige el art. 1693, no ha pedido la subsanación de falta alguna que le haya producido indefensión. La acumulación ha sido correcta. En la primera demanda se reclamó la legítima y se expresaba que su declaración “llevará aparejada la consideración de simulada la venta...”; la segunda demanda interesó específicamente la nulidad de una compraventa por simulación absoluta, lo cual era preciso para fijar el caudal relicto y proceder al cómputo de la legítima. Por otra parte, en este motivo no se expresa siquiera en qué se excluyen ambas acciones o por qué son contradictorias (art. 154.1) ni en qué sentido deben ventilarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza (art. 154.3 LEC).

En el desarrollo del motivo, es improcedente la alegación de que se debería por las demandantes haber impugnado los testamentos de los causantes, sus padres, previamente al ejercicio de las acciones acumula-

das en el presente proceso. Es improcedente porque es alegación ajena al motivo del recurso y a las normas que se dicen infringidas y es cuestión nueva que no cabe plantearla en casación.

c) Nulidad por simulación de la compraventa e inexistencia de donación.

Pretende la recurrente que se vuelvan a revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ya que se ha infringido lo establecido en el art. 1253 del CC (prueba de presunciones) señalando a tal efecto el Tribunal Supremo que el motivo debe ser desestimado, ya que ello no procede en casación, so pena de convertir ésta en una tercera instancia.

La sentencia de instancia declara acreditado que no hubo pago de precio alguno en la compraventa cuya simulación absoluta ha declarado y que no hubo tampoco “animus donandi” en la misma. Dice literalmente que “la prueba practicada en las actuaciones acredita, más allá de las meras hipótesis que esgrime la parte apelante (y recurrente en casación) que no hubo entrega del precio indicado en la escritura de compraventa” y añade: “acreditado que no hubo entrega de dinero”, concreta, en cuanto a la alegada donación disimulada que “no ha resultado probado en las actuaciones que el contrato simulado encubra una donación remuneratoria que retribuye unos concretos servicios prestados por los donatarios” y afirma que “la finalidad perseguida por los contratantes, por el contrario, consiste en el perjuicio de los derechos legitimarios de las demandantes”. Así, la sentencia de instancia declara como hechos: que no hubo precio en la compraventa, que no hubo, encubierta, donación remuneratoria y que el “animus” de los vendedores era defraudar los derechos legitimarios.

Con lo cual, no hay infracción del art. 1253 CC pues no se basa en prueba de presunciones, sino en la prueba practicada que valora adecuadamente, ni de los múltiples artículos del Código Civil (619, 1261, 1274, 1276) en los que fundamentó la parte recu-

rente la validez de la donación disimulada, ya que la aplicación de éstos la basa en hechos distintos de los que parte la sentencia de instancia.

- d) Impugnación de las valoraciones periciales.

Se articula este motivo por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial practicada para la determinación de la valo-

ración de las fincas objeto de la compraventa. *Este motivo decae por dos razones. En primer lugar, no se cita norma alguna ni jurisprudencia que se considere infringida. En segundo lugar, el art. 632 LEC proclama la libre y discrecional apreciación de la prueba pericial “según las reglas de la sana crítica” por parte del órgano jurisdiccional, cuya valoración no es susceptible de ser revisada en casación.*

VII. INCAPACIDAD.

1. *Régimen de la responsabilidad civil de los enajenados tras la comisión del delito.*

Tribunal Supremo. Sala 2.^a, Sentencia de 12 de junio de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos.

Al no estar incapacitado el culpable en el momento de cometer los hechos no existía persona que le tuviera bajo su potestad o guarda legal, de ahí que será el propio agente comisario el que debe responder con sus bienes de las indemnizaciones que resulten de su acción delictiva, excluyendo de tal responsabilidad al padre del mismo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Tomás apuñaló a su hermano y a su cuñada produciéndoles importantes lesiones de las que tardaron en curar 350 y 460 días respectivamente.
- La Sec. segunda de la Audiencia Provincial de Cadiz dictó sentencia absolviendo libremente de responsabilidad exigible por los delitos de asesinato y homicidio intentados concurriendo la circunstancia de parentesco como agravante a don Tomás por concurrir la eximente completa de enajenación mental, e imponiendo como medida de seguridad la de su internamiento, la cual se llevará a efecto en Hospital Psiquiátrico Penitenciario por un período máximo de duración de veintitrés años y condenándolo a que por vía de responsabilidad civil indemnice a su hermano en la cantidad de cinco millones trescientas mil pesetas (5.300.000) y a su cuñada Julia en la cantidad de trece millones doscientas ochenta mil pesetas (13.280.000).
- Don Tomás interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dados los términos en los que estaba redactado el recurso de casación —según el Tribunal Supremo “de contenido tan ininteligible que debió ser inadmitido “a limine” y sin más en fase procesal de instrucción, con arreglo a lo establecido en el artículo 885.1.º del referido texto procesal”— el alto tribunal se vio obligado a realizar un verdadero esfuerzo interpretativo del referido escrito, llegando a la conclusión de que la posible pretensión que en él se contiene es la siguiente: Al haber sido absuelto el recurrente del delito de asesinato de que venía acusado por concurrir en su conducta la eximente completa de enajenación mental, se le condena, no obstante, al pago de ciertas cantidades como responsable civil, entendiéndose en el recurso que esa condena debería haberse impuesto al padre del acusado por haberle pres-

tado el automóvil con el que accedió al domicilio de las víctimas constándole previamente y desde hacía tiempo que su hijo era esquizofrénico.

A este respecto señala el Tribunal Supremo que *es claro que con arreglo a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 20 del Código Penal, al no estar incapacitado el culpable en el momento de cometer los hechos no existía persona que le tuviera bajo su potestad o guarda legal, de ahí que será el propio agente comisor el que debe responder con sus bienes de las indemnizaciones que resulten de su acción delictiva, máxime cuando, además, el que se dice ahora responsable civil no fue parte en el proceso por no existir, ni haberse probado, que de su parte hubiera ningún tipo de culpa o negligencia.*

2. *No procede declarar la incapacidad cuando el trastorno psíquico no le impide gobernarse por sí misma.*

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

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

Para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien, incluso, con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudice mucho más la dolencia o patología, porque, lo que verdaderamente sobresale, es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por sí misma.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María del Carmen interpuso demanda de menor cuantía solicitando la incapacitación de su hermana doña Caridad y su designación como tutora de la misma.
- Doña Caridad se opuso a la misma solicitando su desestimación sin que hubiese lugar a la adopción de medidas cautelares.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 65 de Madrid dictó sentencia el día 31 de mayo de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 24 de febrero de 1994 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- Doña María del Carmen interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala el art. 200 del Código Civil que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. En base a dicho artículo la actora instó la incapacitación de su hermana, sin embargo, tanto la sentencia del juzgado como la dictada por la Audiencia Provincial entendieron que atendiendo al estado psíquico-físico de la demandada y su aptitud para el gobierno de sus bienes no concurría causa de incapacitación. En el fundamento jurídico primero de la sentencia de la Audiencia se señalaba:

“...que la presunta incapaz padece la enfermedad psíquica reconocida, no objeto de discusión, y calificada conforme el informe del perito insaculado en autos, de ‘probarse brote esquizofrénico remitido’ y una depresión neurótica, y conforme el informe-médico-forense, como expresión de una descompensación de una personalidad anormal con gran inmadurez efectiva también ha resultado a tenor de los informes anteriores que se trata de una enfermedad persistente, incurra-

ble e irreversible, pero controlable terapéuticamente; concluyendo tales informes no impugnados, que al momento de su práctica, la presunta incapaz, no obstante de la enfermedad que padece es capaz de tomar decisiones en cualquier orden de su vida, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno, tanto en el plano personal como en el patrimonial; es por lo tanto que no concurre, en el presente caso, como requisito indispensable para la declaración de incapacidad el de ser de entidad e intensidad suficiente que el sujeto no pueda gobernarse en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico, pues la enfermedad padecida y asumida por la presunta incapaz es controlable terapéuticamente, como así viene haciéndolo la misma, recuperando su capacidad de autogobierno; sin perjuicio, y como dice el Juez ‘a quo’ que en caso de que sobrevengan nuevas circunstancias como la agravación de la enfermedad, pueda plantearse nuevamente la cuestión como se infiere del art. 212 del CC”.

La recurrente en casación basa su recurso en los siguientes motivos:

- a) Existencia de causa de incapacidad.

Señala la actora que todos los informes médicos recogidos en la misma se refieren única y exclusivamente al momento del juicio en el que fueron realizados, y que ninguno de ellos ha examinado a la demandada en ninguna de las diversas crisis que ha tenido a lo largo de su vida; que, asimismo, destaca que tal y como consta en autos, la demandada está afectada a una situación de incapacidad permanente absoluta para el trabajo, derivada de enfermedad común, sin posibilidad razonable de recuperación, por haberse objetivado, cobrando de la Seguridad Social a pesar de considerarse apta para el trabajo, y fundamentalmente, por cuanto que, se razona en la Sentencia de esta Sala de 10-II-1986, que, en síntesis, determina que, la incapacidad a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrico, sino simplemente de las circunstancias que el art. 200 establece, de que exista en una persona una enfermedad, que la impida gobernarse por sí misma, y, sobre todo, según su doctrina, que hay que tener en cuenta las fases críticas en que reaparece con aguda intensidad la enfermedad, y, que debe apreciarse si tiene capacidad para su autogobierno; y en relación con el caso de autos, los informes médicos que constan en autos no dicen que pueda gobernarse por sí misma la demandada, en los momentos en que se producen las crisis, por lo que de acuerdo con la interpretación que hace esta Sala en citada Sentencia, debe declararse la incapacidad de la demandada por concurrir las circunstancias exigidas por el art. 200 del CC

El Tribunal Supremo rechaza el motivo, *ya que la taxativa disciplina del art. 200 es ineludible, tal y como ha razonado, perfectamente, la Sentencia recurrida, esto es, que*

para que se incapacite a una persona, no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien, incluso, con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudice mucho más la dolencia o patología, porque, lo que verdaderamente sobrepasa, es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por sí misma, y es claro, como elemento integrador de la convicción de la Sala sentenciadora, que esto no acontece en el caso de la demandada, por lo cual el rechazo del motivo es ineludible.

- b) Graduación de la incapacidad.

Entiende la recurrente que debió dictarse sentencia de incapacidad aplicando lo dispuesto en el art. 210 del CC, esto es, determinando la extensión y el límite de ésta ya que lo que se pretende por la parte actora es impedir que la demandada pueda libremente abandonar el tratamiento de su enfermedad, que la podría llevar a nuevos intentos de suicidio; que la actora está obligada jurídica y económicamente a plantear este juicio de incapacidad en beneficio de su hermana, sin ningún interés egoísta, como dice la demandada, por lo que, aplicando lo dispuesto en el art. 210 del CC, la incapacidad de la misma será tan limitada que prácticamente no será necesaria la intervención de la persona que ejerza la tutela.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo, *ya que sus argumentos son inconsistentes, porque, aun cuando en el plano ético pudiera ser respetable si es que fuera cierta esa intencionalidad de afecto fraterno de la actora —lo que desde luego, no resulta indubitable—, no pueden eludir la doble exigencia de la disciplina taxativa del citado art. 200 del CC.*

VIII. PENAL

1. *Lesiones causadas por el esposo a la esposa encontrándose en trámites de separación.*

Tribunal Supremo. Sala 2.^a, Sentencia de 3 de julio de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo.

Aun cuando los cónyuges se encontrasen en trámites de separación, concurre la circunstancia agravante de parentesco, ya que continuaban conviviendo en el domicilio familiar. No es de aplicación la doctrina de la Sala que señala que “la circunstancia de parentesco que nace del vínculo conyugal no subsiste cuando, aun no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida” ya que los cónyuges vivían bajo el mismo techo y comían juntos.

ANALISIS DEL CASO

- La esposa había presentado demanda de separación matrimonial contra su esposo, aunque este último continuaba residiendo en el domicilio familiar.
- El día 28 de junio de 1996 surgió entre ambos un breve altercado, propinando el esposo una bofetada a la esposa, y ésta, a su vez, le lanzó un tenedor que pinchó al esposo en la mejilla izquierda. Acto seguido y sin solución de continuidad, el esposo, haciendo uso de un cuchillo de cocina que empuñaba en aquel momento, le asestó una puñalada en el rostro que penetró por la mejilla izquierda y, atravesando la base de la boca, terminó en el pilar anterior derecho de la faringe, lesionando la carótida externa derecha. Inmediatamente de ocurrido el suceso, el acusado pidió a la empleada del hogar que llamase a una ambulancia, y cuando ésta llegó en unión de la policía, la esposa fue trasladada urgentemente a un hospital, donde fue intervenida quirúrgicamente, permaneciendo ingresada durante once días. En total, estuvo treinta días incapacitada, tardando sesenta en obtener la curación y quedándole secuelas consistentes en una cicatriz en la mejilla izquierda (punto de entrada del cuchillo), de un centímetro de longitud, y otra —debidamente a la intervención quirúrgica— de nueve centímetros de longitud en la región lateral derecha del cuello.

- La Sección tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia el día 18 de marzo de 1998, condenando al esposo como autor de un delito de lesiones, con la concurrencia de la atenuante 5.ª del art. 21 y la agravante 23 del Código Penal, a la pena de un año y seis meses de prisión, y a indemnizar a la esposa en 360.000 pts. por las lesiones y 500.000 pts. por las secuelas.
- El esposo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La defensa del acusado alegó como motivos de casación, por un lado, la concurrencia de legítima defensa y por otro, la no procedencia de aplicar la circunstancia agravante de parentesco. Analicemos seguidamente y por separado cada uno de estos motivos.

- a) Concurrencia de la atenuante de legítima defensa.

Denuncia el recurrente la infracción, por inaplicación indebida, del art. 21.1.º en relación con el 20.4.º, ambos del CP vigente, entendiéndolo que debió aplicar el Tribunal de instancia la eximente incompleta de legítima defensa. Señala el Tribunal Supremo que *el motivo no puede prosperar por dos razones fundamentales:*

—*Porque se trata de una cuestión nueva no planteada en la instancia, lo que impide sostener que el Tribunal “a quo” haya infringido una norma cuya aplicación no le fue solicitada.*

—*Porque la declaración de hechos probados no ofrece base en absoluto para la apreciación de la mencionada circunstancia.*

Un requisito imprescindible, en efecto, para que pueda ser apreciada la legítima defensa, tanto la completa como la incompleta, es que el sujeto se encuentre en una situación de defensa que es la definida por

el art. 20.4.º CP cuando se refiere al que “obra en defensa de”. Obrar en defensa o para defender —la propia persona o derechos o los ajenos— supone que el sujeto esté sufriendo en ese momento o vaya a sufrir con carácter inminente —él mismo o la persona o derecho ajeno de cuya defensa se trate— un ataque o agresión, de forma que si éste todavía no se ha producido ni amaga, o ha pasado ya, no puede decirse que exista una situación de defensa. Tal situación no existía cuando el acusado, hoy recurrente, perpetró la agresión objeto de enjuiciamiento, si nos atenemos, como es de todo punto insoslayable habida cuenta de la clase de recurso interpuesto, a la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida. Dícese en la misma que el acusado, que había propinado, tras un breve altercado, una bofetada a su esposa con la que estaba comiendo, recibió un pinchazo en la mejilla al lanzarle aquella un tenedor y, acto seguido, haciendo uso del cuchillo de cocina que empuñaba, asestó a su esposa una puñalada en el rostro. Esto quiere decir que la agresión del acusado no fue realizada para defenderse del ataque de la mujer —que ya había terminado— sino para responder al mismo de forma airada y vindicativa. Si a esto —que terminantemente excluye una situación de defensa— añadimos que la agresión se produjo en el contexto de una riña que dejó de ser meramente verbal cuando el

propio acusado pasó a vías de hecho, fácilmente se comprenderá el escaso fundamento que tiene la pretensión de que debió ser aplicada en la instancia la eximente incompleta de estado de necesidad. No ha existido la infracción que se pretende por lo que el motivo debe ser rechazado.

b) Circunstancia agravante de parentesco.

Denuncia el recurrente la infracción del artículo 23 del Código Penal por haber sido estimada, como agravante, la circunstancia mixta de parentesco que se prevé en el citado precepto. A este respecto señala el Tribunal Supremo que *no tiene razón el recurrente cuando dice que la citada circunstancia no ha debido ser aplicada porque, tras ser herido por su esposa, su reacción fue inmediata, de forma que no pudo considerar ni tener en cuenta el hecho de su matrimonio. Lo tuviera o no en cuenta, el hecho es que agredió a su esposa a sabiendas de que lo hacía, con lo que no sólo realizó los elementos objetivos y subjetivos del delito de lesiones del art. 147.1 CP sino también los de la circunstancia de parentesco del art. 23, que normalmente, como tantas veces hemos dicho, tiene un efecto agravatorio cuando concurre en un delito contra la vida o integridad corporal. La irreflexión e inmediatez con que reaccionó el recurrente ya las ponderó el Tribunal de instancia para no subsumir el hecho en el tipo agravado de lesiones previsto en el art. 148 CP, aunque es evidente que en la agresión se empleó un arma—un cuchillo de cocina—concreta y objetivamente peligroso para la vida y la salud de la lesionada. Argumentar sobre aquellas características de la reacción agresiva del recurrente para concluir que, en el caso, el parentesco no debe funcionar como agravante, no tiene demasiado sentido. La circunstancia de parentesco concurre en un delito, cualquiera que sea, si el vínculo familiar existe y el sujeto activo tiene concien-*

cia de él. Que dicha circunstancia sea en cada caso atenuante o agravante dependerá de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, no de la forma reflexiva o irreflexiva con que se realice la acción. El recurrente ha descartado expresamente, en el desarrollo de este motivo de casación, que la pretendida infracción del art. 23 CP esté determinada por la desaparición de la “affectio maritalis”. No es ocioso, sin embargo, que en nuestra respuesta subrayemos y confirmemos brevemente la doctrina que, sobre el particular, mantiene esta Sala en una línea jurisprudencial de la que son ejemplos las SS. de 16-III-94 y 11-V-96. De acuerdo con ella, la circunstancia de parentesco que nace del vínculo conyugal no subsiste cuando, aun no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida. Pero, para que así sea, “es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental” —STS 2.ª 407/1996, de 11-V-96—. Aplicando esta doctrina al caso que ha dado origen a este recurso, se deduce fácilmente que el Tribunal de instancia no podía dejar de apreciar, en el delito cometido por el recurrente, la circunstancia mixta de parentesco con carácter de agravante. Porque sí, como se dice en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, el acusado y su esposa, aun encontrándose en una situación tensa a causa de sus desavenencias, hasta el punto de que ella ya había presentado una demanda de separación matrimonial, vivían bajo el mismo techo y comían juntos, no se puede decir que la relación conyugal que todavía los unía estuviese “efectiva y manifiestamente destruida”. Todo ello nos conduce directamente a la conclusión de que también el segundo motivo debe ser rechazado.

2. *Competencia para el conocimiento de la denuncia por impago de pensiones.*

Tribunal Supremo. Sala 2.^a, Auto de 15 de julio de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

Según la teoría de la ubicuidad, reiteradamente seguida por nuestra jurisprudencia, los delitos de omisión se tienen por cometidos en el lugar en el que se debió realizar la acción omitida.

ANALISIS DEL CASO

- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia, con fecha 30 de septiembre de 1997, incoa Diligencias Previas en virtud de denuncia formulada por doña Dolores por un presunto delito de impago de pensiones contra don Antonio, en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Mislata, inhibiéndose del conocimiento de este procedimiento, a favor del Juzgado de Instrucción Decano de Albacete, por ser en este lugar donde se produjeron los hechos objeto de la denuncia, remitiendo las actuaciones a éste.
- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete, con fecha 28 de noviembre de 1997, dicta auto de inhibición a favor del anterior, ya que el presente procedimiento se inició por los hechos que resultan de las anteriores actuaciones, pero tuvieron efecto dentro del territorio del Partido Judicial de Valencia; devolviendo las actuaciones al Juzgado de Instrucción Decano de Valencia siendo recibidas en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Valencia, incoándose diligencias indeterminadas, el cual las remite al Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia, en donde se habían incoado previamente.
- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia dicta Auto con fecha 20 de febrero de 1998 no aceptando la inhibición del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete por ser en este Partido Judicial donde el denunciado incumple su obligación de pago, y plantea ante esta Sala la presente cuestión de competencia, mediante exposición razonada que acompaña.
- El Ministerio Fiscal consideró que debería declararse competente para el conocimiento de los hechos al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Albacete.

COMENTARIO DEL AUTO

Resuelve el Tribunal Supremo una cuestión de competencia entre dos juzgados de Instrucción relativa a cuál de ellos debe ser el competente para conocer de una denuncia por impago de pensiones dimanantes de un procedimiento matrimonial. El Tribunal Supremo, atribuyendo la competencia a los juzgados de Valencia señala que *el Auto del Juzgado de Instrucción de Albacete de 21 de enero de 1998 parece fundamentarse en el hecho de que la acción omitida por el recurrente (prestación de asistencia familiar, art. 227 CP) se debió llevar a cabo en Valencia. Este punto de vista es correcto, dado que se-*

gún la teoría de la ubicuidad, reiteradamente seguida por nuestra jurisprudencia, los delitos de omisión se tienen por cometidos en el lugar en el que se debió realizar la acción omitida.

Con anterioridad, otros autos de la misma Sala confirmando el criterio señalaron que “el juzgado competente para tramitar la denuncia por impago de pensiones es el del domicilio en el que deba realizarse la entrega de la pensión (Auto de 21 de enero de 1998) y que “el juzgado competente es el del domicilio que se haya designado como lugar de pago” (Auto de 12 de febrero de 1998).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. FILIACION

1. *Fijación de alimentos a favor del hijo cuya paternidad se determina en la sentencia de reconocimiento de paternidad.*

TSJ Navarra, Sentencia de 3 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Rodríguez Ferrero.

Partiendo de la base de que pueden ejercitarse conjuntamente las acciones de reclamación de filiación y de prestación de pensión alimenticia, dictada la sentencia estimatoria de la paternidad entra en juego la norma general del art. 148 del Código Civil y por tanto la pensión alimenticia se abonará desde la fecha de interposición de la demanda.

ANALISIS DEL CASO

- D.^ª Carmen que ostenta la representación legal de su hija menor de edad D.^ª Laida presentó juicio de menor cuantía contra D. Francisco Javier solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el demandado es padre biológico de la menor, estableciéndose la cantidad de 125.000 pts./mensuales que deberá satisfacer D. Francisco Javier por alimentos en favor de su citada hija, los cuales serán incrementados anualmente conforme a los índices del coste de la vida publicados por el INE y abonables en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tales efectos designe D.^ª Carmen, así como se establezca a cargo de D. Francisco Javier la mitad de los gastos extraordinarios devengados en concepto de la citada hija, es decir, sanitarios y farmacéuticos no cubiertos con los seguros sanitarios de los padres, escolares extraordinarios, y otros semejantes.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona dictó sentencia el día 16 de septiembre de 1995, desestimando las excepciones opuestas por la parte demandada y estimando íntegramente la demanda, declaró que D. Francisco Javier es padre biológico extramatrimonial de Laida y condenó al mismo a que satisfaga en concepto de pensión alimenticia a su hija Laida la cantidad de 125.000 ptas. mensuales desde el mes de mayo inclusive de 1994, cantidad que se incrementará anualmente conforme al índice de coste de la vida que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya con efectos del día 1 de enero de cada año, con primera revisión el día 1 de enero de 1995, cantidades que se abonarán en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tales efectos designe D.^a Carmen. Así como al pago de la mitad de los gastos extraordinarios que ocasione su citada hija tanto de carácter sanitario o farmacéutico no cubiertos con los seguros sanitarios de sus padres como de carácter escolar y similares. Todo ello con imposición al demandado de las costas causadas en razón de vencimiento.
- En grado de apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó Sentencia con fecha 22 de abril de 1996 estimando parcialmente el recurso en el sentido de modificar el pronunciamiento relativo a la fecha a partir de la cual deberá el condenado efectuar el pago de la pensión alimenticia en favor de su hija Laida, que vendrá determinada por la adquisición de firmeza de la presente resolución.
- D. Francisco Javier y D.^a Carmen interpusieron sendos recursos de casación ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.
- El Tribunal Supremo dictó Auto con fecha 29 de abril de 1997 acordando inadmitir el primer motivo de casación invocado en el recurso interpuesto por D. Francisco Javier y con fecha 25 de noviembre de 1997 dictó nuevo Auto declarando que la competencia para conocer del resto del recurso corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
- El TSJ de Navarra desestimó el recurso presentado por D. Francisco Javier y estimó el presentado por D.^a Carmen.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso interpuesto por D. Francisco Javier.

El recurrente no cuestiona la declaración de paternidad, si bien dirige sus motivos de impugnación al pronunciamiento relativo a

la pensión alimenticia que se fija a favor de la menor.

a) Infracción de los arts. 504, 505, 506 y 863.2.^o de la LEC ya que la sentencia tiene en cuenta documentos aportados por la parte

actora que, siendo fundamentales en orden a la resolución del litigio en ese concreto aspecto, no se aportaron con la demanda y se incorporaron a los autos extemporáneamente, en el período probatorio en primera instancia unos y en fase de prueba en la segunda instancia otros.

El TSJ de Navarra desestima el motivo señalando que la jurisprudencia del TS ha declarado con reiteración que es preciso distinguir entre los documentos fundamentales, realmente fundamentales, de la pretensión que se ejercita, y aquellos otros necesarios para desvirtuar excepciones procesales opuestas, alegaciones fácticas de la parte demandada, excepciones de fondo invocadas, y los que, no siendo fundamentales, son complementarios, accesorios y auxiliares de los presentados en aquel concepto que pueden ser aportados en el período probatorio, sentencias del mencionado Tribunal, entre otras, de 5, 8 y 22 de julio de 1995 y 15 de marzo, 7 y 24 de julio y 10 de diciembre de 1996, en definitiva, de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, deben considerarse documentos básicos o fundamentales aquellos que generan la causa de pedir conforme a las sentencias indicadas y otras que en ellas se citan, calificación que no merecen los que tienden a desvirtuar las excepciones o alegaciones opuestas por la parte demandada, ni los que pueden considerarse complementarios, accesorios y auxiliares de los fundamentales aportados con la demanda.

En el presente caso la parte actora aportó con su escrito de demanda, además de un principio de prueba de la relación paterno-filial cuya declaración se postulaba, notas simples de Registros de la Propiedad tendentes a acreditar que el interpelado es propietario o nudo propietario de determinados inmuebles entre los que se cuentan varios locales comerciales, aportación relacionada con la alegación que se efectúa en el hecho quinto del referido escrito, al expresarse que el demandado a demás de ser dueño de ciertos negocios de hostelería, lo es también de

varios bienes inmuebles, descritos en la indicada alegación fáctica, alegaciones a las que se opuso el interpelado en su escrito de contestación, al igual que manifestó desconocer la situación de desempleo laboral de la madre demandante en representación de su hija, alegada en el hecho cuarto del escrito inicial del procedimiento.

En el período probatorio en la primera instancia se aportaron, además de unos documentos acreditativos de que la actora había formulado anteriormente una demanda frente al interpelado sobre declaración de paternidad, no admitida a trámite por no presentarse un principio de prueba de los hechos alegados en ella —lo que tiene relación con lo que se alega en el hecho segundo de la contestación sobre el tiempo transcurrido desde el nacimiento de Laida— unos informes médicos relacionados con una enfermedad, cardiopatía congénita sufrida por la hija, alegada en el hecho sexto de la demanda, que se desconoce en el correlativo de la contestación; recibos del Instituto Nacional de Empleo acreditativos de la situación de desempleo de la madre, alegada y no aceptada en la contestación y otros de menor trascendencia; y se solicitó que se recabaran certificados del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Empleo y el Jefe de Servicio del Departamento de Cardiología de la Clínica Universitaria de Navarra referido a la enfermedad padecida por Laida; además de interesarse de la Hacienda Foral de Navarra la remisión de copias compulsadas de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas presentados por el demandado; documentos todos que reúnen las características de complementarios de los fundamentales presentados con la demanda, o que se aportan para desvirtuar alegaciones formuladas en el escrito de contestación.

Circunstancias similares han de predicarse en lo que se refiere a los documentos aportados por la parte actora en segunda instancia en la que, recibido el pleito a prueba a solicitud del demandado-apelante, se apor-

taron por la demandante notas simples informativas del Registro Mercantil de Navarra referidas a las sociedades en las que, como socio y administrador único en algunos casos, o administrador junto con otros, participa el demandado, más un ejemplar de un Boletín Oficial del Parlamento de Navarra en el que se publica el Informe de Fiscalización sobre la Autovía Irurtzun-Límite con Guipúzcoa y en el que se hacen referencias a la adjudicación de contratos de seguridad, entre otras, a una empresa en la que el demandado participa como socio y a la suma abonada a la dicha sociedad por sus servicios; documentos todos que se encaminan a determinar o concretar la posición económica del demandado en relación con la cuantía en que debe fijarse la pensión de alimentos reclamada, art. 146 del Código Civil, y que se aportan como consecuencia de que el interpelado, en su contestación a la demanda, niega ser dueño de los negocios cuya propiedad se le atribuye por la actora, se remite a los archivos de determinadas sociedades y a los libros del Registro Mercantil y Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, y posteriormente, ya en su confesión judicial, reconoce que participa como socio en las sociedades a que se refieren las certificaciones del mencionado Registro público y el indicado informe. Se trata pues de documentos encaminados a desvirtuar o concretar el sentido de alegaciones defensivas efectuadas en la contestación a la demanda, cuestionando las realizadas en el escrito inicial del procedimiento, conforme a datos conocidos por la accionante por medio de la prueba de confesión del demandado.

b) La sentencia impugnada condena al recurrente al pago de alimentos definitivos, determinación que sólo puede adoptarse después de haberse declarado por sentencia firme la filiación no matrimonial, y, en el presente caso, se produce todo simultáneamente.

El motivo plantea el problema de si es o no posible en derecho el ejercicio conjunto

simultáneo de dos acciones, la de reclamación de la filiación y la de prestación de alimentos a cargo del progenitor. Señala el TSJ de Navarra que el motivo debe desestimarse. El art. 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al actor “acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí”, incompatibilidad que no concurre entre las dos referidas acciones evidentemente fundadas en la misma causa de pedir, existencia de una relación de paternidad-filiación, por declarar, de la que resulta, Ley 72 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra —Fuero Nuevo—, que es la norma aplicable al caso; la obligación alimenticia, razón legal a la que no cabe oponer que ese ejercicio simultáneo o conjunto de ambas acciones pueda ser incompatible, en cuanto ese ejercicio conjunto no está en forma alguna afectado por las limitaciones o excepciones que previenen los arts. 154 y 157 de la citada Ley procesal, con más razón si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en lo que afecta a la acumulación de acciones en el aspecto subjetivo del art. 156 de la repetida Ley de Enjuiciamiento, cuestión que presenta o puede presentar mayores problemas, mantiene un criterio de interpretación flexible, entre otras, sentencias de 1 de junio, 24 de julio, 19 de octubre y 4 de noviembre de 1996 y 17 de diciembre de 1997; pero es que, además, el ejercicio conjunto o simultáneo de las dos acciones de que se trata se ha admitido sin especiales problemas en la práctica judicial como acreditan las sentencias del mismo TS, de 3 de diciembre de 1996 y 4 de febrero y 17 de noviembre de 1997, así como la de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de marzo de 1996, en las que no se hace cuestión del problema de ese ejercicio conjunto de las acciones de que se trata y la más expresiva de 23 de octubre de 1990, que admite paladinamente esta acumulación; en

alguno de estos supuestos se admite la posibilidad de que la determinación de la cuantía de la prestación alimenticia se efectúe en ejecución de sentencia; razones que determinan por sí la ya indicada desestimación de este motivo del recurso al que, además de las expuestas, se opone como causa de desestimación el que propone una cuestión nueva que no se suscitó en la fase de alegaciones del litigio, lo que no es admisible en casación, sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero, 15 de marzo, 28 de abril, 21 de mayo y 23 de octubre de 1997 entre otras muchas.

2. Recurso interpuesto por D.^a Carmen.

La recurrente denuncia la infracción del art. 148 del Código Civil y de las leyes 70 y 72 del Fuero Nuevo de Navarra, ya que la sentencia de la Audiencia establece que el pago de la pensión alimenticia comenzará en la fecha de firmeza de la sentencia, entendiéndose la recurrente que ese abono deberá efectuarse a partir de la de presentación de la demanda.

El TSJ de Navarra estima el recurso. Partiendo de la base de que pueden ejercitarse conjuntamente las acciones de reclamación de filiación y de prestación de pensión alimenticia, es criterio de esta Sala que entra en juego la norma general del art. 148 del Código Civil, los alimentos se abonarán desde la fecha de interposición de la demanda, interpretada, entre otras, por la sentencia del TS de 8 de abril de 1995, al no existir en el ordenamiento civil navarro norma concreta en este aspecto, y es de notar que esa posibilidad de ejercicio conjunto de las dos referidas acciones, en cuanto una deriva de la otra, admitida sin problemas de forma implícita en las sentencias del TS que se citan en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, y de forma expresa en la, también citada, de 23 de octubre de 1990, no hay ninguna razón contenida en los arts. 153 y siguientes de la

Ley de Enjuiciamiento Civil para que el actor no pueda acumular las acciones ejercitadas, puesto que no son incompatibles entre sí. Que no son incompatibles se desprende de su propia naturaleza, deuda alimenticia que va inherente a la relación de paternidad o filiación que aquí se ejercita, y de tan perentoria satisfacción en ocasiones que la ley prevé cauces provisionales a través del 1609 y siguientes, pero que no impiden la vía declarativa bien para reclamarlos como derecho autónomo o como parte del contenido de declaración de mayor entidad, como la patria potestad, la paternidad, el matrimonio, y aún prevé la satisfacción inmediata sin acudir al cauce del art. 1609, como ponen de manifiesto, entre otros, los arts. 128, 154, 158 del Código Civil”.

Así las cosas, ha de partirse de que la ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra impone a los padres, entre otras, la obligación de prestar alimentos a sus hijos, que la ley 68 dispone que “La filiación matrimonial y la no matrimonial surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en las leyes de esta Compilación” y, dado que en el ordenamiento foral no existe norma específica al respecto, en lo que afecta a la fecha desde la que son abonables los alimentos, acudir a las del Código Civil como derecho supletorio, arts. 6 y 2.4 del mencionado Fuero Nuevo de Navarra, y entre ellas a las muy concretas de los arts. 112 “La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”, y 148, la obligación alimenticia, es exigible “desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda” lo que viene a significar una limitación al antes indicado efecto retroactivo.

No se trata en definitiva de que la fecha a partir de la cual ha de abonarse la prestación alimenticia dependa de la naturaleza, constitutiva o declarativa de la acción de reclamación de la filiación, tesis esta en la que la doctrina no es totalmente pacífica, pues aun

aceptando la primera, que mantienen la mayor parte de los autores y es acogida en la sentencia de la Audiencia que en este recurso se impugna, el ejercicio y éxito de la referida acción es presupuesto para hacer

valer los efectos que de ella derivan, pero no impide en forma alguna que la correspondiente declaración surta sus naturales efectos retroactivos conforme a los citados preceptos legales.

II. UNIONES DE HECHO

1. *No concesión de pensión de viudedad a un conviviente, aun cuando se hubiesen iniciado los trámites para contraer matrimonio.*

TSJ País Vasco, Sentencia de 23 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago Villar.

Aun en el supuesto de que los convivientes tuviesen el firme propósito de contraer matrimonio e incluso hubiesen iniciado las gestiones para celebrarlo, el haberse producido el fallecimiento antes de que esto sucediese priva a la conviviente de la pensión de viudedad.

ANALISIS DEL CASO

- D.^ª Mercedes, divorciada, convivió de hecho con D. Manuel, soltero de forma ininterrumpida desde mediados del año 1990 hasta la fecha de su fallecimiento el día 14-XII-1995. D.^ª Mercedes en el año 1990 se encontraba separada legalmente de su esposo en virtud de sentencia de fecha 20-VII-87.
- En febrero de 1992, con objeto de promover demanda de divorcio, solicita le sean nombrados Abogado y Procurador en turno de oficio. Una vez cumplidos los trámites oportunos se interpone demanda de divorcio en Febrero de 1993, dictándose sentencia por el Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 5 de Bilbao en fecha de 5-V-1994 que declara la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, quedando firme en fecha de 18-VII-95.
- En la fecha en que la actora obtuvo el divorcio, el causante, D. Manuel, que se encontraba en situación de ILT desde el año 1993, afectado de una grave insuficiencia renal crónica, entre otras dolencias, tuvo un empeoramiento

en su estado de salud, teniendo que ser intervenido el 22-VIII-95 en el “Hospital C.”. Pese a que los convivientes proyectaron contraer matrimonio, lo cierto es que no llegó a celebrarse y de nuevo, en fecha de 21-XI-1995, D. Manuel sufre un empeoramiento en su estado de salud, debiendo ser ingresado en el “Hospital C.” donde fallece en fecha de 14-XII-95.

- D.^ª Mercedes solicitó del INSS la prestación de viudedad, siéndole denegada por no acreditar matrimonio con el fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haberlo contraído con anterioridad a la fecha del fallecimiento, según lo dispuesto en el art. 174.2.º de la LGSS.
- Interpuesta la preceptiva reclamación previa en fecha de 26-VII-96 le fue desestimada por resolución de fecha 16-VIII-96. El juzgado de lo social desestimó la demanda. Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de suplicación, que fue desestimado por el TSJ del País Vasco.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente aduce que se ha infringido lo establecido en el art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social —LGSS—, en relación con los arts. 3.1 y 4.1 del Código Civil —motivo segundo—, y más cuando se han omitido dos extremos esenciales para dirimir la cuestión litigiosa (que el 11 de octubre, 13 y 8 de noviembre se le expidieron certificados de empadronamiento, de nacimiento y fe de vida y estado a efectos de contraer matrimonio; que la demandante viene siendo atendida, desde octubre de 1994, en un Centro de Salud Mental por trastornos conductuales y sintomatología ansiosa, teniendo un déficit intelectual y una severa incompetencia propia), en cuanto revelan una firme voluntad de contraer matrimonio al tiempo del fallecimiento y cuya falta de celebración no obedece a causas propias, que resulta bastante para generar derecho a la pensión litigiosa.

El INSS se opuso al recurso en base a que tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencias de 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993), como esta misma Sala (sentencias de 6 de mayo de 1993, 14 de diciembre de 1994, 22 de octu-

bre de 1996 y 25 de noviembre de 1997, entre otras), han tenido que resolver litigios en los que se dirime el derecho a pensión de viudedad, en nuestro sistema público y contributivo de seguridad social, del miembro superviviente de una pareja que libremente eligió vivir su relación de afecto y convivencia fuera del marco legal del matrimonio, llegando a la conclusión de que dichas personas carecen de derecho a la referida pensión por cuanto que nuestro legislador ha optado por limitar esa prestación a los casos en que medie entre ellos vínculo matrimonial (art. 174.1 LGSS), excepcionalmente ampliable a quienes no pudieron contraerlo por impedírsele la legislación vigente hasta el 8 de agosto de 1981 (norma 2.ª de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio), en decisión que —además de ajustarse a una interpretación de la norma acorde con las reglas establecidas en el art. 3.1 del Código Civil y obstativa a la aplicación analógica de otros preceptos que, a diversos efectos, equiparan el tratamiento de las parejas matrimoniales y no matrimoniales— no resulta contraria a los mandatos contenidos en los arts. 10, 14 y 39

de nuestra Constitución, según ha proclamado expresamente su más autorizado intérprete —el Tribunal Constitucional— en sentencia núm. 184/90, de 15 de noviembre de 1990, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad suscitada respecto a la exigencia de ese requisito legal, ya que no transgrede el principio de igualdad ante la ley, ni violenta el deber que tienen los poderes públicos en orden a asegurar la protección de la familia. Doctrina reiterada en cinco sentencias de 14 de febrero de 1991 (núms. 29, 30, 31, 35 y 38), 11 de abril de ese año (núm. 77) y 9 de marzo de 1992 (núm. 29), que se ratifica en la más reciente de 28 de febrero de 1994 (núm. 66), en la que se rechaza que deba alterarse por razón del criterio que inspira la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos declarada en sentencia 222/1992.

Además, en las mencionadas del año 1991 se razona que la cobertura de las situaciones de necesidad que debe atender el sistema público de seguridad social, conforme a lo ordenado en el art. 41 del texto constitucional, no tiene por qué efectuarse necesariamente a través de la pensión de viudedad y más cuando ésta no se configura, en el sistema previsto por el legislador, como una prestación que se causa sólo cuando el viudo o viuda se encuentra en situación de necesidad económica.

Señala el TSJ del País Vasco, que a la hora de enjuiciar si la demandante resulta acreedora a esa prestación, la Sala ha de partir del relato de hechos de que da cuenta el Juzgado, aunque aceptando la ampliación propuesta por aquélla en el motivo inicial de su recurso dado que su veracidad se acredita por la prueba de contraste invocada y no está contradicha por ninguna otra prueba obrante en autos.

Revela que la hoy recurrente no estaba ligada con su pareja por vínculo matrimonial cuando éste fallece y que si bien tenían el propósito de casarse e incluso habían iniciado gestiones destinadas a realizarlo, el matrimonio no llegó a celebrarse, no pudiendo equipararse su situación a la pre-

vista en la norma 2.^a de la disposición adicional décima de la Ley reguladora del divorcio, por cuanto que ni dicha situación es análoga a la que dicha norma toma en consideración (como de inmediato razonaremos) ni, en cualquier caso, cabe realizar interpretaciones analógicas de reglas que, como la expuesta, constituyen una excepción a la configurada con carácter general (art. 4.2 CC).

No es situación análoga, decimos, porque aquí hay una participación decisiva de los miembros de la pareja (o, al menos, de uno de ellos, lo que resulta bastante al efecto) en que ese proyecto no se haya llegado a consumar, por cuanto que: a) D.^a Mercedes, desde que está legalmente separada, tarda cuatro años y medio en iniciar los trámites precisos para divorciarse, siendo así que podía haberlos comenzado a los dos años de aquélla [art. 86.3.a) CC], por lo que a ella ha de imputársele que no se extinguiera su anterior vínculo matrimonial hasta el 18 de julio de 1995, cuando pudo serlo mucho antes; b) desde la firmeza del divorcio y hasta la muerte de D. Manuel transcurrieron casi seis meses, tiempo más que suficiente para haberse podido casar, teniendo en cuenta que no hay constancia alguna de que éste permaneciera privado de conocimiento en ese tiempo y de que nuestra legislación incluso autoriza el matrimonio, en caso de peligro de muerte, sin necesidad de expediente previo (art. 52 CC), por lo que puede llegar a celebrarse válidamente en unas horas.

Conclusión que, desde luego, no cabe enervar con el argumento del déficit intelectual y el trastorno conductual que sufría la demandante, porque para ello se precisaba que constituyera una situación invalidante de su consentimiento, lo que no es el caso, desde luego, y por lo demás, como acertadamente razona el INSS, de concurrir, también la privaría del preciso para poder casarse (art. 45 CC). En definitiva, visto desde la perspectiva de una pareja que tiene proyectado casarse y la muerte de uno de sus miembros trunca ese deseo, su situación es equiparable a la de los novios que ven frustrado

su anunciado matrimonio por la previa muerte de uno de ellos. Situación que nuestras leyes no contemplan como generadora de derecho a pensión de viudedad, incluso aunque la muerte surja de manera totalmente inesperada (lo que ni tan siquiera aquí acontece).

2. *No procede conceder pensión de viudedad aun cuando existiese un documento en el que el causante se obligó a contraer matrimonio cuando obtuviese el divorcio.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 14 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá.

A los efectos de concesión de una pensión de viudedad, no es suficiente que el causante y la conviviente suscribieran un documento en el que ponían de manifiesto su intención de contraer matrimonio tan pronto como el causante obtuviese el divorcio.

ANALISIS DEL CASO

- D. Jesús había contraído matrimonio el 17-VI-1969 con D.^a Francisca, habiendo suscrito ambos convenio de separación el 2-V-1991, y por sentencia de 27-VI-91 se declaró judicialmente la separación matrimonial.
- Desde el mes de junio de 1991, D.^a Josefina venía conviviendo con D. Jesús, sin haber contraído matrimonio.
- En junio de 1991, D.^a Josefina y D. Jesús suscribieron un documento en el que ponen de manifiesto su intención de contraer matrimonio tan pronto como el causante obtuviese el divorcio.
- En fecha 19-X-95 D. Jesús presentó demanda de divorcio, dictándose sentencia el 28 de marzo de 1996.
- Producido el fallecimiento de D. Jesús, el 22-IV-96, la actora solicitó ante el INSS, la concesión de la pensión de viudedad, que le fue denegada por resolución de 26-VI-96, por no tener la condición de cónyuge del fallecido y no existir imposibilidad legal para contraer matrimonio antes del fallecimiento. Formulada reclamación previa, fue desestimada por resolución definitiva de 9-VIII-96. Actualmente, D.^a Francisca es la única beneficiaria de la pensión de viudedad.
- El Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando la demanda de D.^a Josefina y declarando su derecho en cuantía del 9,4% de la base reguladora frente al restante 35,5% de D.^a Francisca

- El INSS y D.^ª Francisca interpusieron recursos de suplicación que fueron estimados por el TS de Cataluña dejando sin efecto la pensión por viudedad de D.^ª Josefina.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tanto el recurso del Instituto demandado como el de la codemandada, invocan la infracción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que no existiendo vínculo matrimonial entre el causante y la demandante, tampoco existió impedimento legal para la celebración del matrimonio, ya que el causante obtuvo sentencia de separación judicial el 27 de junio de 1991, y aun pudiendo instar al cabo de un año la demanda de divorcio, no presentó demanda hasta octubre de 1995.

Habiendo señalado tanto la doctrina constitucional —SS. del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre y 77/1991, de 11 de abril—, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo —SS. de 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1998—, la necesidad insoslayable de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad regulada en el hoy artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, circunstancia que no concurre en el presente caso, los recursos

han de ser estimados, pues si bien esta Sala en Sentencias de 26 de setiembre de 1994 y 21 de marzo de 1996, y más recientemente, en la número 7279/97, de 7 de noviembre, ha admitido la posibilidad de lucrar pensión de viudedad, aun no concurriendo vínculo matrimonial, si han existido causas u obstáculos insuperables para poder contraer matrimonio durante el tiempo de convivencia, equiparando los supuestos claros de fuerza mayor a la excepción establecida en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, en el presente caso, del relato fáctico de la sentencia de instancia no se advierte que hayan existido dichos obstáculos en el período de junio de 1991 (fecha de inicio de la convivencia) a octubre de 1995 (fecha de presentación de la demanda de divorcio), no siendo desde luego suficiente, que causante y demandante suscribieran en la primera de dichas fechas un documento en el que ponían de manifiesto su intención de contraer matrimonio tan pronto como el causante obtuviese el divorcio.

3. *No procede conceder a las uniones de hecho la licencia de 15 días que, por contraer matrimonio, estaba prevista en el convenio colectivo de la empresa.*

TSJ Madrid, Sentencia de 25 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Jiménez Sánchez.

A los efectos de concesión de una pensión de viudedad, no es suficiente que el causante y la conviviente suscribieran un documento en el que ponían de manifiesto su intención de contraer matrimonio tan pronto como el causante obtuviese el divorcio.

El artículo 37.2 del convenio colectivo de la empresa donde el trabajador prestaba sus servicios exige para el reconocimiento de la licencia de 15 días la previa constatación de un hecho: la celebración de un matrimonio, adopte éste la forma que adopte, de ahí se infiere que el conviviente de hecho no reunía tal requisito fáctico previo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan presta servicios en la empresa LAI, SA desde el 1-IV-1989 formando con D. Antonio una unión afectiva y de convivencia que consta inscrita en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.
- Con ocasión de esta inscripción, D. Juan solicitó a la empresa le fueran concedidos 15 días de licencia retribuida por matrimonio, petición que fue denegada y que ahora reclama tras formular acto de conciliación ante el SMAC en tal sentido.
- Tras formular acto de conciliación ante el SMAC, se presentó demanda en el juzgado de lo social, que fue desestimada. Posteriormente se recurrió en suplicación ante el TSJ de Madrid, que igualmente desestimó la petición.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Convenio de la empresa donde presta sus servicios el recurrente dispone en su art. 37 que la dirección concederá a los trabajadores una licencia de 15 días naturales ininterrumpidos por contraer matrimonio y por tanto la cuestión se centra en determinar si el trato ofrecido por la empresa denegatorio de la señalada licencia es constitutivo de discriminación, bien en atención al sexo, bien al estado civil.

La Sala, aunque comparte la desestimación de la demanda, la fundamentación jurídica para rechazar la petición la encuentra en lo siguiente:

1) El artículo 37.2 convencional ya mencionado exige, para el reconocimiento de la licencia litigiosa, la previa constatación de un hecho: la celebración de un matrimonio, adopte éste la forma que adopte, de ahí se infiere que el actor no reúne tal requisito fáctico previo; convencionalmente, por tanto, no es factible estimar la pretensión actora.

2) El artículo 37.3.a) del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995 ofrece la misma perspectiva: se precisa la verificación de un matrimonio para alcanzar la posibilidad de acceso a una licencia de quince días; de ahí se infiere igualmente que el actor no se encuentra en tal situación ni reúne dicho requisito; legalmente, por consecuencia, no es posible estimar la demanda.

3) El matrimonio, a los efectos de la aplicación e interpretación de los dos anteriores preceptos, constituye un hecho; pero, al mismo tiempo, el matrimonio, por sí mismo, constituye un contrato cuya regulación viene establecida en el Código Civil de 24 de julio de 1889, según redacción dada al mismo en este concreto aspecto por la Ley de 7 de julio de 1981 y atendiendo otras leyes modificativas del mismo de 5 de octubre de 1990, sobre el principio de discriminación por razón del sexo, y de 23 de diciembre de 1994, sobre autorización de los matrimonios por los alcaldes, regulación la citada que se encuentra a lo largo de los artículos 44

y siguientes del mencionado Texto Civil, preceptos todos ellos de los que se infiere paladinamente que tal institución jurídica, la del matrimonio, viene configurada como la unión entre dos seres humanos de distinto sexo; por tanto, habida cuenta la inexistencia de matrimonio en el caso presente, ni como hecho ni como incardinado intramuros de la regulación legal del mismo, la demanda habrá de decaer inexorablemente atendiendo a esta conclusión de legalidad ordinaria.

4) En el plano constitucional español hay que traer a colación el artículo 32, el cual declara que tanto el hombre como la mujer tienen perfecto derecho, de acuerdo a la normativa de legalidad ordinaria que se establezca (que es, en definitiva, la ya vista en el Código Civil), a contraer matrimonio; ello implica que tanto existe el derecho a contraerlo, como a no hacerlo, mas, de contraerse, ha de hacerse dentro de lo que la normativa de legalidad ordinaria establezca respecto, entre otras cosas, a la capacidad, derivándose de la indicada legalidad ordinaria ya vista que el actor, si bien en principio no carece de capacidad absoluta para contraer matrimonio, sí que carece de capacidad relativa en relación con D. Antonio (y viceversa entre ambos), situación la acabada de describir (capacidad absoluta existente y capacidad relativa inexistente) que no solo es predicable del supuesto de hecho, en el que se encuentran el actor y D. Antonio, sino que también lo es de otros casos, cual, por ejemplo, quienes entre sí son parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, personas estas que, aun teniendo capacidad absoluta o genérica para contraer matrimonio, no la tienen relativa para hacerlo entre sí, sin que por ello pueda hablarse de discriminación alguna. Por tanto, es plenamente constitucional que el Código Civil, el Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo aplicable, estos dos últimos textos normativos por remisión al primero citado, diferencien, a los efectos que ahora nos importa, entre relaciones jurídicas institucionalizadas mediante matrimonio y aque-

llas otras que no lo son, sean éstas las conformadas de manera heterosexual o de manera homosexual; de ahí que no quepa la estimación de la demanda.

5) Llegados a este punto, procede dejar sentado que esta Sala no alberga duda alguna, por lo ya dicho, sobre la plena constitucionalidad de los preceptos civiles, estatutarios o convencionales mencionados, por lo que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad queda descartado de todo punto.

6) Dejando a un lado la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo que elimina, por razones discriminatorias de sexo, determinadas conductas, normas o acuerdos referidos a cuestiones que nada tienen que ver con la que ahora nos ocupa (operaciones de cambio de sexo que conducen al despido basado en tal “razón”, apartamientos o descalificaciones de personas en el ámbito laboral exclusivamente en “razón” a su orientación sexual, etc., jurisprudencia, por cierto, que en nada puede considerarse como más extensiva que la española en estos aspectos) lo cierto es que ni uno ni otro Tribunal ha dictaminado, cuando las normas nacionales (tengan la categoría jerárquica que tengan y, desde luego, se asienten en criterios, aceptables de razonabilidad y de racionalidad) así lo han dispuesto, que la relación matrimonial quede equiparada a la no-matrimonial y, por ende, lo sea en los casos en los que la segunda venga compuesta por personas pertenecientes al mismo sexo; y es que no en toda aparente o cierta desigualdad de trato hay discriminación, sino solo cuando el trato deviene en irracional o irrazonable y, desde luego, ni puede afirmarse que sea lo uno y/o lo otro el trato distinto según exista o no matrimonio, ni puede afirmarse que, de suyo, las parejas “de facto” heterosexuales y homosexuales constituyan realidades iguales que, por ello, sean merecedoras de un trato idéntico.

7) Pues bien, si de la normativa contenida en las disposiciones supranacionales y comunitarias (cuya alegación y contraalega-

ción consta en los escritos de formalización y de impugnación del recurso y que, a los efectos, ha de tenerse aquí por íntegramente reproducida) no se infiere ni deriva que la

contestación que al caso da el Derecho nacional sea discrepante o distinta, es obvio que la necesidad de plantear una cuestión de prejudicialidad resulta inexistente.

4. *No concesión de pensión de viudedad a un conviviente.*

TSJ País Vasco, Sentencia de 31 de marzo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Rivas Díaz de Antoñana.

Los preceptos de la LEC dedicados a la práctica de la prueba pericial no rigen cuando ésta se efectúa como diligencia para mejor proveer, porque son actos a instancia del órgano judicial, ajenos al impulso de parte y al principio dispositivo y son válidos cuando se cumple la posibilidad de ejercer la contradicción conforme al art. 342 del mismo cuerpo legal.

Tal y como consta acreditado la conviviente no estaba ligada con su pareja mediante vínculo matrimonial cuando fallece, lo que determina que careciera del derecho a la pensión de viudedad reclamada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Inmaculada mantuvo convivencia marital con D. Javier desde el año 1984 hasta la fecha en que éste falleció el 4-VIII-1996.
- D. Javier vino prestando hasta tal fecha servicios por cuenta de la empresa E. S.A. con categoría de ingeniero, antigüedad desde el 1-X-86.
- D.^a Inmaculada solicitó el 23 de septiembre de 1996 ante la DPSS el reconocimiento de una pensión de viudedad que le fue denegada por resolución de 11-X-96 por no acreditar el matrimonio con el fallecido.
- Agotada la vía de la reclamación previa, se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social que dictó sentencia desestimándola, siguiendo igual suerte desestimatoria el recurso de suplicación interpuesto ante el TSJ del País Vasco.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega por la recurrente la infracción de los artículos 174.1 y 3 de la LGSS, en relación con el art. 101 del CC y 14 de la CE y

con los artículos 174.3 de la LGSS, en relación con el art. 3.1 del CC, razonando que su representada tiene derecho a la pensión de

viudedad reclamada, a pesar de no existir vínculo matrimonial con el fallecido sino convivencia o unión de hecho.

Tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencias de 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993), como esta misma Sala (sentencias de 6 de mayo de 1993, 14 de octubre de 1994, 22 de octubre de 1996 y 25 de noviembre de 1997), han tenido ocasión de resolver litigios idénticos al que nos ocupa, en los que se dirime el derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de una pareja que convivía de hecho, sin vínculo matrimonial, llegando a la conclusión de que dichas personas carecen de derecho a la pensión reclamada por cuanto nuestro legislador ha optado por limitar esa prestación a los casos en que medie entre ellos vínculo matrimonial (art. 160.1 LGSS de 1974), aunque con mandato similar en el art. 174.1 del actual texto refundido de dicha Ley, decisión que, además de ajustarse a una interpretación de la norma acorde con las reglas establecidas en el art. 3.1 del CC y obstativa a la aplicación analógica de

otros preceptos que, a diversos efectos, equiparan el tratamiento de las parejas matrimoniales y no matrimoniales, no resulta contraria a los mandatos contenidos en los arts. 10, 14 y 39 de nuestra Constitución, según ha proclamado expresamente el Tribunal Constitucional en sentencia número 1184/90, de 15 de noviembre de 1990, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad suscitada respecto a la exigencia de ese requisito legal, pues no transgrede el principio de igualdad ante la ley, ni vulnera el deber de los poderes públicos en orden a asegurar la protección de la familia. Dicha doctrina ha sido reiterada en otras cinco sentencias del mismo signo de fecha 14 de febrero de 1991, otra de 11 de abril de 1991, 9 de marzo de 1992 y de 28 de febrero de 1994.

Tal y como consta acreditado la hoy recurrente no estaba ligada con su pareja mediante vínculo matrimonial cuando fallece, lo que determina que, como acertadamente estima la sentencia recurrida, careciera del derecho a la pensión de viudedad reclamada.

III. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *Concurrencia de dos beneficiarias de la pensión. Acreditación de convivencia tras la sentencia de separación.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 13 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Rodríguez.

Habiéndose acreditado que la viuda del causante, a pesar de haberse dictado sentencia de separación, continuó conviviendo con el mismo hasta el momento de su fallecimiento, procede fijar la pensión de viudedad en un 74% de la base reguladora, frente al 26% que corresponde a la primera esposa. Dicha acreditación tuvo lugar a través de la documental consistente en determinados contratos y operaciones concluidas entre la misma y el causante.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Visitación 1.^a esposa del causante, 2.529 días de convivencia transcurridos entre 18-XI-1969, fecha del matrimonio, y el 20-X-1976, fecha del Convenio Regulador de la separación que luego aprobó íntegramente la sentencia de divorcio de 5 de noviembre de 1981. Se reconoció una pensión en cuantía inicial de 90.778 ptas., que resulta de aplicar el porcentaje del 45%, y “pro rrata temporis”, por tiempo de efectiva convivencia del 68,56%, a base reguladora de 292.358 ptas.
- D.^a Teresa, 2.^a esposa del causante, 1.150 días de convivencia transcurridos entre el 3-I-1986, fecha del matrimonio de los cónyuges, y el 7-III-1989, fecha del convenio regulador de separación que fue aprobado por sentencia de 10-V-1989. Se reconoció una pensión en cuantía resultante de aplicar a igual base reguladora porcentaje del 45%, y “pro rrata temporis” por tiempo de convivencia del 31%.
- D.^a Teresa formuló reclamación previa que fue estimada fijándose por tiempo de convivencia el 74% resultado de excluir del período transcurrido entre el 18-XI-1969 y el 20-X-1976 (fecha de separación efectiva del causante y D.^a Visitación). Dicha reclamación fue estimada en base a que a pesar de haberse dictado sentencia de separación, D.^a Teresa siguió conviviendo con su esposo D. José María, en el domicilio conyugal sito en la calle “S.” de Barcelona, hasta el fallecimiento del causante sin interrupción de la solución de continuidad.
- Simultáneamente el INSS dictó nueva resolución el 23-IX-1996, que revisó el porcentaje reconocido a D.^a Visitación por tiempo de convivencia fijándolo en el 26% y declarada suma de 515.667 ptas. indebidamente percibida cuyo reintegro se postulaba. D.^a Visitación formuló reclamación previa interesando fuese repuesto el porcentaje inicialmente fijado de 69% por tiempo de convivencia que fue desestimada.
- D.^a Visitación interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña que fue igualmente desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D.^a Visitación recurre en suplicación, alegando que la convivencia con D. José Luis continuó hasta la sentencia constitutiva de su divorcio y que la convivencia entre la segunda esposa y el causante finalizó cuando suscribieron el convenio de separación el 10 de mayo de 1989.

D.^a Teresa se opone a la propuesta de rectificación ya que la convivencia tuvo lugar hasta el momento del fallecimiento lo cual ha quedado acreditado con la documental presentada consistente en determinados contratos y operaciones concluidas entre la misma y el causante (escritura de compra-

venta, datada en 25 de noviembre de 1994; póliza de seguro a favor de la primera, concertada por el segundo, datada— con interrogante— en 19 de noviembre de 1992; cuenta corriente bancaria de la titularidad del causante, con autorización de disposición de fondos, a favor de D.^ª Teresa.

Señala el TSJ de Cataluña que, en cualquier caso, *no es factible acceder a la doble propuesta de revisión fáctica, postulada en el recurso, en cuanto pretende desvirtuar el resultado de la valoración por el juzgador, de las pruebas y elementos de juicio en general, que tuvo a su disposición, “ex” art. 97, dos, de dicha LPL. Efecto que como es sabida, “ex” art. 191.b) de la reiterada LPL, sólo puede conseguirse cuando tal convicción resultare inverosímil, contradictoria o absurda, y apelando a documentos (cuando no pericias) de los que pudiera producirse la consecuencia querida, sin necesidad de razonamientos o elucubraciones, que tendrían, sin más, a sustituir aquella convicción judicial por la personal interpretación de la recurrente, acerca del sentido y alcance de las pruebas aducidas. Lo que, como es visto, en el caso no ocurre; y lo que debe desde luego afirmarse, dada la existencia de contrapruebas o pruebas de sentido contrario, respecto de la alegada calidad probatoria del convenio de separación conyugal entre la hoy impugnante y el causante, por más que pudiera, efectivamente, ser de aquel sentido contrario a la continuidad de la convivencia conyugal, admitida por el magistrado “a quo” —se aduce en el recurso, la no constancia de acto de reconciliación—.*

Entiende la recurrente que el fallo de instancia ha infringido lo dispuesto en la disposición adicional décima, norma 3.^ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en relación con el art. 174, dos, de la Ley General de la Seguridad Social, y con la doctrina de las

sentencias, cuyas fechas se citan, de la Sala IV del Tribunal Supremo. Sin embargo señala el TSJ de Cataluña que, *mantenido el relato histórico de la sentencia recurrida, la expuesta censura jurídica no ha de merecer acogida, en base a las consideraciones siguientes: tras algunas oscilaciones por parte de determinados fallos casacionales de la Sala IV del TS, la doctrina de dicha Sala se ha decantado por la tesis siguiente (sentencias de 21 de marzo, 10 de abril y 26 de abril de 1995, resolviendo otros tantos recursos de casación para la unificación de doctrina):*

1) En caso de matrimonios sucesivos del mismo causante, la atribución de la prestación corresponde al cónyuge viudo; pues la norma 3.^ª, en relación con la de dicha adicional décima de la Ley 30/1981, debe ser interpretada, de modo que en principio el derecho del viudo ha de ser pleno, y únicamente minorado por la porción adjudicada legalmente al primer cónyuge (divorciado).

2) Dicha porción del cónyuge divorciado es la “proporcional al periodo de convivencia matrimonial (del mismo) con el causante”: tomando como módulo temporal de referencia el formado por un período que se inicia con el matrimonio que después se declara disuelto por el divorcio, y que finaliza en la fecha en que muriera el causante.

3) Siguiendo tal doctrina casacional — que ya esta Sala siguió en dos sentencias de suplicación de 24 de noviembre de 1997— la convivencia de la recurrente con el causante lo fue por un periodo de 2.527 días, que sobre 9.257 días (tiempo entre su matrimonio —18-XI-69— y el fallecimiento del causante —24-I-96—) se traduce en el porcentaje aplicado del 26 por 100 (por redondeo).

2. *Concurrencia de dos beneficiarias de la pensión. No aplicación de la prueba de presunciones.*

TSJ País Vasco, Sentencia de 24 de febrero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Díaz Pérez.

El derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, si bien habrá que restar de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último. Por consiguiente el periodo de convivencia de la segunda y última esposa del fallecido es irrelevante a efectos de determinar el porcentaje de la pensión de viudedad tanto de la primera mujer como de la viuda.

ANALISIS DEL CASO

- D. Gabriel contrajo matrimonio con D.^a Manuela el 24-V-1952. En el año 1976 D.^a Manuela instó un procedimiento de separación ante el Tribunal Eclesiástico del Obispado de Lérida, en el que tras celebrarse sin éxito la conciliación, se admitió a trámite la demanda el 4-IV-1977, finalizando la causa con resolución denegatoria de la separación.
- Desde el 1-I-81, D. Gabriel y D.^a Ana María iniciaron una convivencia estable, y que tras obtener el primero la sentencia de divorcio con fecha 24-III-1994, contrajeron matrimonio el día 15-XII-1994, falleciendo el esposo el 8-VI-1995.
- La pensión de viudedad prorrateada entre los dos cónyuges que el fallecido ha dejado y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el mismo se determinó de la siguiente forma: D.^a Manuela 24-V-52 a 31-XII-76 = 9.077 días, 98,09%. D.^a Ana María 15-XII-94 a 8-VI-95 = 176 días, 1,91%.
- D.^a Ana María presenta reclamación previa que fue desestimada, si bien posteriormente el juzgado de instancia dictó sentencia estimando la demanda y fijando el porcentaje del 42,83% de la pensión de viudedad.
- D.^a Manuela interpuso recurso de suplicación que fue desestimado por el TSJ del País Vasco.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Preteniéndose por la recurrente una nueva valoración de los hechos, señala el TSJ que ha de tenerse en cuenta que, como reiteradamente viene proclamando la Sala,

cualquier modificación o alteración en el relato fáctico constatado como acreditado por el Juzgador “a quo” no sólo ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, y con propuesta de la alternativa o nueva redacción que al mismo pudiera corresponder, ha de basarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel Juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de las pruebas practicadas el artículo 97.2 de la Ley Ritual Laboral le otorga, no puede verse afectada ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada. Y en esta línea:

a) Debe rechazarse la modificación del segundo de los hechos declarados probados, con la que se pretende dejar constancia de que la fecha de iniciación del procedimiento de separación ante el Tribunal Eclesiástico se produjo en el año 1977, y no en 1976, habida cuenta que el documento invocado en su apoyo, sentencia de dicho Tribunal, no evidencia el error del Juez “a quo”.

b) Fracasa también la segunda pretensión revisoria en la que se propone la supresión del ordinal tercero, que refleja cómo la demandante, D.^a Ana María, convivía con el fallecido desde 1981, y su sustitución por la siguiente redacción: “Desde el 1-XII-1994 el causante estuvo casado con D.^a Ana María hasta la fecha de su fallecimiento el 8-VI-95”. Ampara la recurrente su petición en el libro de familia y en la certificación del padrón municipal, pruebas de las que en modo alguno se desprende la revisión propuesta. En todo caso, hay que señalar que el periodo de convivencia de la segunda y última esposa del fallecido es irrelevante a efectos de determinar el porcentaje de la pensión de viudedad tanto de la primera mujer, como de la viuda.

Al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia violación de los artículos 68, 1250 y 1251 del Código Civil, así como interpretación errónea de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina (sentencias de 21 de marzo, 10 de abril y 26 de abril de 1995), así como de la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia de 14 de enero de 1993) recogida por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de mayo de 1994.

Según recogen las sentencias referenciadas, relativas a la determinación del porcentaje de pensión de viudedad que corresponde al cónyuge viudo y al divorciado, en el supuesto de causante divorciado que contrae posterior matrimonio, no nos hallamos en tal caso ante una concurrencia de personas con derecho compartido a la misma pensión de viudedad, sino ante un derecho de participación del anterior cónyuge del causante en el momento del fallecimiento, de forma que en ese caso la participación en la pensión se establece en proporción al tiempo de convivencia matrimonial del cónyuge divorciado en relación a un término de comparación integrado por un periodo que se inicia con el matrimonio, que después quedó disuelto por el divorcio, y que finaliza en la fecha en que muriera el causante. De ahí que el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último.

La doctrina expuesta ha sido aplicada por el Juez “a quo”, limitándose la recurrente en el escrito de interposición a imputar a aquel una incorrecta interpretación de la misma, en base a un único argumento, a saber, que se ha tomado como módulo temporal de referencia una fecha de cese de convivencia no probada. Sobre este punto, el Juzgado de instancia estimó que la convivencia debe considerarse probada únicamente hasta el año 1976, conclusión que obtiene tras una valoración de la prueba documental obrante en autos, tal y como explícita en el citado fun-

damento, corroborada por la propia recurrente quien reconoce en su declaración contenida en la solicitud de 21 de junio de 1995 que convivió con D. Gabriel desde 1952 hasta 1976.

Pretende D.^a Manuela que se tome como fecha de cese efectivo de la convivencia el año 1988, razonando que la única prueba fehaciente de ruptura matrimonial es la sentencia de divorcio de 24 de marzo de 1994 e invocando asimismo la presunción de convivencia con cita de los artículos 1251 y 1253 del Código Civil. Alegatos ineficaces pues con ellos se está cuestionando la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador “a quo”, desconociendo la plenas y soberanas facultades que posee en orden a su enjuiciamiento, de modo que la convicción así obtenida sólo puede quedar desvirtuada mediante una revisión instada al amparo del artículo 191.b) LPL, basada como ordena dicho precepto en prueba documental o pericial estrictamente predeterminada que ponga de manifiesto el error del juez “a quo”, lo que no ocurre en el caso de autos, en el que la recurrente no cita una sola prueba que evidencie que el tiempo de convivencia matrimonial fuera más allá del año 1976.

En modo alguno puede sostenerse por vía de presunción que la convivencia duró hasta el año 1988, máxime cuando en el ordinal tercero consta que el causante convivió con su última esposa desde 1981. Ha de tenerse en cuenta que para que opere lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil es preciso que el hecho deducido se derive del hecho demostrado ineludiblemente dentro de la lógica, pero, además, de modo directo, es decir, no por vía de presunciones intermedias, de forma que el enlace sea de tal conexión y congruencia que la realidad del primer hecho traiga como consecuencia racional e inexcusable la del segundo, por ser la relación de ambos coincidente y sin poder aplicarse a otras circunstancias, resultando que las profundas convicciones religiosas de los cónyuges, alegadas en el recurso para deducir de ellas la continuación de la convivencia ante la sentencia denegatoria de separación eclesíastica, no sólo no han quedado probadas, sino que resultan notoriamente insuficientes para por vía de presunción concluir que efectivamente el matrimonio continuó una vida en común hasta la sentencia de divorcio.

3. *Concurrencia de dos beneficiarias de la pensión. Reducción del porcentaje tras acreditar la fecha efectiva del cese de la convivencia.*

TSJ Madrid, Sentencia de 20 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Varela de la Escalera.

Procede reducir el periodo de convivencia con la primera esposa en base a la existencia de un procedimiento de impugnación de paternidad en el que la misma reconocía que los esposos solo convivieron un año y medio escaso al ser imposible la convivencia.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Rosa contrajo matrimonio con el causante de la pensión D. José Luis el día 19-I-1969 y convivió con él mismo hasta el otorgamiento de escritura de

capitulaciones matrimoniales para establecimiento de régimen económico matrimonial de separación de bienes —24-V-1979—. En una de sus cláusulas se facultaba a ambos cónyuges para establecer su domicilio separadamente, dictándose sentencia de divorcio el 31-VII-1987.

- D.^a María contrajo matrimonio con el causante el día 11-VI-1992 que se prolongó hasta la fecha del fallecimiento del esposo ocurrido el 16-IV-1994, si bien venía conviviendo con el mismo de hecho desde el 25-IX-1970.
- La Dirección Provincial del INSS reconoció los siguientes periodos de convivencia: a D.^a Rosa desde el 19-I-1969 al 31-VII-1985 y a D.^a María desde el 1-VIII-1985 al 16-IV-1994.
- Interpuesta reclamación previa por D.^a María es estimada parcialmente modificando el período de convivencia en relación con la primera esposa que se fija desde 19-I-1969 al 24-V-1979 (fecha de la escritura de capitulaciones matrimoniales) y en relación con la viuda desde el 25-V-1979 al 16-IV-1994, de tal forma que se distribuye la pensión entre ambas, el 40,98% para la primera esposa y el 59,02% para la viuda.
- D.^a María formuló demanda ante el Juzgado de lo social solicitando la fijación de los siguientes porcentajes: 7,60 para la primera esposa y 92,40 para la segunda, petición que fue desestimada. Posteriormente interpuso recurso de duplicación, que fue estimado por el TSJ de Madrid.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostiene la demandante que el causante convivió con la primera esposa sólo hasta el día 25 de septiembre de 1970 y el motivo es acogido por el TSJ, porque reconocida por la primera esposa del causante la demanda de impugnación de paternidad formulada por aquél y sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid, de 12 de septiembre de 1990, estimando la demanda (declarando que la hija de la demandada, inscrita en el Registro Civil con fecha 11 de septiembre de 1971, no lo es del causante), con fundamento en que dicha demandada expresamente ha reconocido que son ciertos los hechos y alegaciones efectuadas por el actor (el causante) en su demanda, entre los cuales hace constar que: “los esposos convivieron hasta mediados de 1970, es decir, un año y medio escaso, separándose amistosamente

en el mes de julio de dicho año, al ser imposible la convivencia...”, a lo cual se une que, conforme al documento del folio 36, por dicha demandada, se autoriza, en 25 de septiembre de 1970, a su entonces cónyuge, para que “tenga plena libertad de movimientos, en cuanto a trabajo, viajes y vivienda por separado”, razones por las cuales, y al margen de corroborar tales hechos la prueba testifical, ha de acogerse, como se ha adelantado, el motivo, pues el otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, por lo que se refiere a vivir en domicilios separados, no hace más que ratificar, por escritura pública y con mayor alcance, una situación de hecho ya existente en la fecha en que se suscribió el documento privado, y ante el testigo que depuso en el acto del juicio, datado en 25 de septiembre de 1970.

Teniendo en cuenta que la pensión que corresponde a la primera esposa del causante, es decir, al cónyuge divorciado, lo es en proporción exclusivamente al tiempo de convivencia matrimonial con éste en el caso de autos desde el 19 de enero de 1969 al 25 de septiembre de 1970 y teniendo en cuenta, para el cálculo, el período que media entre la

fecha del primer matrimonio y el fallecimiento del causante, y, consiguientemente, habiendo lugar éste, en 16 de abril de 1994, ha de asignarse a la actora, como insta en los escritos de demanda y de formalización del recurso, el 92,40% y el 7,60% restante a D.^a Rosa, debiendo en este sentido estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia.

IV. SUCESIONES

1. *Imputación a la legítima de los gastos universitarios de uno de los hijos.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 3 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis María Díaz Valcárcel.

Los gastos que supuso costear una carrera universitaria a su otro hijo deberán ser imputados a sus derechos legitimarios por expresa voluntad de la testadora. Lo anterior no infringe lo dispuesto en el art. 142 del Código Civil según el cual los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Santiago interpuso juicio de menor cuantía contra D. Narciso con el objeto de que se le reconociese derecho legitimado en la herencia de D.^a Carmen.
- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Girona dictó sentencia el 23 de diciembre de 1996 estimando la demanda y acordando que se efectuase el inventario y cálculo del caudal relicto de la misma a fin de determinar el importe de dicha legítima, debiendo todo ello efectuarse en ejecución de sentencia.

- D. Narciso interpuso recurso de apelación, y la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Girona dictó Sentencia con fecha 9 de octubre de 1997, estimando en parte el recurso y declarando que D. Santiago, como legitimado de su fallecida madre, D.^a Carmen, tiene derecho a percibir como suplemento de legítima la suma de 526.742 ptas. más su correspondiente interés legal desde la fecha de interposición de la demanda iniciadora de este litigio.
- Interpuesto recurso de casación ante la Sala Civil del TSJ de Cataluña, se dictó sentencia desestimando íntegramente el mismo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Después de poner de manifiesto la Sala los innumerables defectos del recurso que debieron llevar a su inadmisión, haciendo aplicación del principio “pro actione” entra a resolver el fondo de la cuestión, señalando que la interpretación que hace la Audiencia de Girona del testamento de doña Carmen resulta inatacable en casación porque, a pesar de alguna imprecisión terminológica, la intención de la testadora fue la de instituir heredero universal a su hijo Narciso. Los gastos que supuso costear una carrera universitaria a su otro hijo Santiago —aquí recurrente— deberán ser imputados a sus derechos legitimarios por expresa voluntad de la testadora. No cabe hablar aquí de colación, pues según la mejor doctrina ya desde el derecho romano justiniano (Código 6, 20, 19 novela 18, cap. 6) el deber de colacionar afecta a las operaciones particionales y sólo juega cuando hay una pluralidad de herederos testamentarios o “ab-intestato”, mientras que si el heredero es único lo que habrá que determinar es si las donaciones o liberalidades hechas en favor de los legitimarios son o no imputables a la legítima.

Sostiene el recurrente que los gastos de educación no deben ser imputados a la legítima puesto que no se consideran liberalidades sino que están englobados con los ali-

mentos en el art. 142 del Código Civil. Ante todo hay que decir que la imputación a la legítima del “importe de la carrera y estudios de ciencias químicas pagadas por la testadora” está expresamente previsto en las últimas voluntades de la señora Sebastiana, hecho que no aparece discutido a lo largo del litigio por lo que se trataría ahora de una cuestión nueva no susceptible de debatirse en casación. A mayor abundamiento podemos indicar que no se infringe lo dispuesto en el art. 142 del Código Civil según el cual los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, pues determinar si la educación universitaria costeada al legitimario excede o no en este caso concreto de la estricta obligación alimentaria es una cuestión de hecho no discutible en casación. Tan sólo conviene añadir que la doctrina catalana anterior a la Compilación —v. gr., Borrell i Soler— entiende que “las impensas para dar carrera al hijo legitimario” únicamente quedan excluidas de la imputación “si el padre lo dispone expresamente”. Doctrina aplicable bajo la vigencia de la Compilación, pues como dice la más autorizada monografía de la legítima catalana, en el concepto de cargas familiares no imputables hay que incluir los gastos de enfermedad y educación “pero no las carreras”.

V. PENSION A FAVOR DE FAMILIARES

1. *Pensión a favor de familiares concedida a la madre del hijo fallecido aun cuando existe otra persona con la obligación de prestar alimentos.*

TSJ Aragón, Sentencia de 25 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Molins Guerrero.

Procede conceder a la madre del fallecido una pensión a favor de familiares, ya que encontrándose separada de hecho del esposo, éste sólo percibe una pensión de 69.806 pts. y con la misma no puede salvaguardar su mínimo y abonar una pensión alimenticia a la esposa.

ANALISIS DEL CASO

- D.^ª Francisca está casada con D. Félix, de quien se encuentra separada de hecho, percibiendo este último una pensión por invalidez permanente absoluta para todo trabajo, desde 1-III-1979 por cuantía líquida de 69.806 pesetas en 1997.
- D. Félix Javier (hijo de ambos) prestaba servicios para el Ayuntamiento de Zaragoza, desde 1-III-1993, estando en alta y cotizando al Régimen General de la Seguridad Social, y en 1994 cayó enfermo, trasladándose a su domicilio su madre, D.^ª Francisca, quien, a partir de entonces convivió con él, en el domicilio de este en Zaragoza, a sus expensas, cuidándole, falleciendo el 3-IV-1996.
- D.^ª Francisca, quien no ejerce actividad lucrativa alguna ni está afiliada al Sistema de la Seguridad Social, solicitó una pensión en favor de familiares, por fallecimiento de su hijo, que fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 2-IV-1996, interpuesta reclamación previa fue desestimada.
- El Juzgado de lo social desestimó la demanda y recurrida en suplicación ante el TSJ de Aragón su petición fue estimada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La negativa del Juzgado a conceder la prestación a favor de familiares estaba fundamentada en la circunstancia de que la misma podía solicitar alimentos a su marido, del que sólo se encontraba separado de hecho.

El TSJ acoge el motivo del recurso, habida cuenta de que el criterio sustentado por la sentencia de instancia en orden a que si los ingresos percibidos por el obligado a prestar alimentos rebasaban el importe del salario mínimo interprofesional, ello entrañaba que se encontraba en posibilidad de prestarlos, tal como previene el apartado e) del artículo 22.1.1 de la referida Orden, ha sido superado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1997, dictada para unificación de doctrina, que tiene declarado“ en conclusión, y en aplicación del criterio de que el módulo del salario mínimo interprofesional determina el mínimo vital de subsistencia, cabe afirmar que si el obligado a prestar alimentos, bien por tener ingresos inferiores al SMI o bien aún teniéndolos superiores no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al SMI”, tales alimentos, a efectos de la prestación de Seguridad Social discutida, no serían suficientes para entender acreditado que la persona obligada a prestar alimentos tenga la posibilidad de prestarlos, ya que el alimentista, de carecer de otros ingresos, no alcanzaría con los posibles alimentos prestados por el pariente obligado el

referido mínimo vital de subsistencia y como quiera que el importe de la pensión de invalidez percibida por el esposo de la actora fijado en la declaración de hechos probados en 68.037 pesetas mensuales para 1996, es ligeramente superior al montante mensual del SMI fijado para dicho año en 64.920 pesetas mensuales, es evidente que no está en condiciones de abonar a su referida esposa una pensión equivalente a esta última cifra, después de retener para él otra igual con objeto de salvaguardar su mínimo vital de subsistencia; por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que al no haber habido controversia ni sobre el importe de la base reguladora, fijado en la demanda en 197.193 pesetas mensuales, ni sobre el porcentaje que le hubiera correspondido al fijar la pensión en favor de familiares en el 65% de la citada base reguladora ni sobre el extremo, alegado también en la demanda, de que el hijo con el que convivía falleció soltero, tales hechos deben reputarse aceptados tácitamente y sentado cuanto antecede procede acordar la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, reconociendo a D.^a Francisca el derecho a percibir, pensión en favor de familiares de 128.175,45 pesetas mensuales equivalente al 65% de la expresada base reguladora, conforme preceptúan los artículos 8, 17, 23 y concordantes de la Orden de 13 de febrero de 1967, en relación con el artículo 176 de la Ley General de la Seguridad Social.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACION, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACION

1.1 *La simple incoación de la demanda es prueba suficiente de la falta de afecto marital y causa suficiente para decretar la separación.*

AP VALENCIA, Sec. 6.^a, Sentencia de 13 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Llanos Pitarch.

Se suscita en esta alzada, como primer motivo de oposición a la sentencia de Instancia, la petición de la declaración de separación matrimonial de los cónyuges, que mantienen las dos posiciones en conflicto en esta “litis”. La apelante solicita la separación con base en unos malos tratos infligidos por el apelado, así como en la falta de afecto mutuo entre ambos, en virtud de lo previsto en el artículo 82.1 CC. La sentencia recurrida manifestaba no haberse acreditado tales extremos, por lo que no daba lugar a la separación solicitada. No obstante, a juicio de este Tribunal, no cabe la menor duda de que cuando una de las partes de la relación matrimonial solicita la separación, ya sea por malos tratos físicos, psíquicos, o por falta de afecto, es suficiente muestra de tales requisitos la simple incoación de la oportuna “litis”. Esto es,

la demanda de separación matrimonial es acreditación bastante de una voluntad de obtener una fáctica separación entre los cónyuges, ya sea por malos tratos, conducta vejatoria o injuriosa, o simplemente por desaparición del afecto. No podemos, pues, mantener a las partes en una situación no querida, al menos por una de ellas que lógicamente resulta objetivamente perjudicada por la obligación judicial de mantener una relación de vida que no tiene voluntad de proseguir. Así pues, en aplicación estricta del precepto citado, en clara aplicación del espíritu del mismo plasmado por el legislador, entendemos que se debe conceder la separación solicitada por la demandante, elevando a resolución judicial lo que en efecto es una realidad continuada: el cese efectivo de la convivencia conyugal.

1.2 *No cabe introducir nuevas causas de separación en el periodo probatorio.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 24 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

Tiene declarado el Alto Tribunal, entre otras, en sentencia de 30-XII-93, que toda sentencia conforme al art. 359 LEC comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o “fallo”, no sólo con las peticiones deducidas por las partes, sino también con los hechos (relato histórico) que sirven de soporte fáctico a las mismas (“causa petendi”), teniendo reiteradamente declarado la Sala, al respecto, que no es lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras (SS. 17-IV-85, 9-I y 12-XI-88, 20-VII-90) y que la aplicación del principio “iura novit curia”, si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, cuyo cambio o transmutación puede incluso significar menoscabo del art. 24 CE, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate forense, vulnerando el principio de contradicción (SS. 9-III-85, 9-II-88). Efectivamente, la infidelidad como causa de separación, no es objeto de concreto relato, en el apartado de Hechos, que contiene el escrito de demanda, invocándose como causa “un abandono injustificado del hogar y una violación reiterada de los deberes conyugales”, entendemos, que todos aquellos que no se cumplen, necesariamente por el hecho de no con-

vivir, porque para ello se requiere la convivencia. Obsérvese cómo en el art. 82.1.º CC, se consigna como causa autónoma, junto con el abandono del hogar, también considerado individualizadamente, la conducta injuriosa o vejatoria, que así mismo se individualiza, y cualquier otra vejación grave o reiterada de los deberes conyugales, inciso éste que no podemos en modo alguno considerar como un “cajón de sastre” en el que por duplicado supongamos incluida nada menos que la infidelidad, especialmente contemplada, sin que ello afecte a la generalidad potencial de otras causas (“generalia specialibus non derogant”). La demanda, debe contemplarse en su conjunto con especial atención al relato histórico y su correlación con los fundamentos de derecho, sin que sea de recibo, el que, por reproducir en los mismos el apartado de un precepto, en el que además de la causa invocada en los hechos, se relacionen otras, permita estimar la alegación de alguna o algunas de las demás, como fundamento de la pretensión que se ejercita. En el supuesto que enjuiciamos, se introducen los “hechos nuevos”, en la fase probatoria, a través de los interrogatorios de preguntas y del pliego de posiciones, con violación del principio preclusivo, así como de la finalidad de la prueba, que para el actor no es otra que acreditar los hechos alegados en el escrito rector del procedimiento, que constituye la demanda. Por tanto, debe ignorarse todo lo actuado relativo a la infidelidad.

1.3. *Procede decretar la separación cuando se constata la imposibilidad de llevar a cabo una vida en común, así como una evidente pérdida del afecto marital.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 24 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

Para la efectividad de la causa 1.^a del art. 82 del Código Civil, es necesario acreditar que la convivencia es intolerable debido a la violación grave o reiterada de los deberes conyugales según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (arts. 67 y 68 del C. Civil), y aun de los que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja (SS. de 14-VII-82 y de 11-II-85), y por tanto no es suficiente la mera invocación de tensiones o desavenencias entre el matrimonio, en tanto no se traduzcan en las conductas o situaciones a que hace referencia el citado artículo (STS 19-V-83). La conducta injuriosa y vejatoria requiere como básico presupuesto la necesidad de que la violación de los deberes recíprocos de los cónyuges, que tal proceder comporta habrá de ser grave y reiterada e intolerable la convivencia, circunstancias sin las cuales no es

permitido imponer la separación por culpa cuando para alcanzarle se invoca ese incumplimiento de obligaciones en las relaciones conyugales, bien entendido que si la jurisprudencia anterior a la actual redacción del art. 82 había declarado que no basta alguna leve agresión o pequeña violencia que responde a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro, sin que tenga entidad un simple acto de maltrato de obra no reiterado y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal, no cabe desconocer que la vigente normativa requiere la nota de gravedad, o si se trata de un ilícito leve, la de reiteración (STS 10-II-83). Se constata la imposibilidad de llevar a cabo una vida en común, así como una evidente pérdida de la afección matrimonial (SSTS 14-VII-82, 15-VII-82, 11-X-82, 10-II-83, 19-V-83, 13-X-83, 29-V-84, 11-II-85, 4-X-85, etc.).

1.4 *Las causas de separación no son tasadas y puede incluirse dentro de las mismas la denominada falta de “affectio maritalis”.*

AP ALMERIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 9 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Salvador Francisco Gómez Bermúdez.

Tanto el apelante como la apelada están de acuerdo en el fondo del asunto solicitando se declare la separación del matrimonio constituido por ambos. Sin embargo, el juez

“a quo” rechazó la pretensión en primera instancia al entender que no quedaba probada la causa de separación alegada por el actor.

De la postura de ambas partes se extrae la inexistencia, “de facto”, de la comunidad de vida que implica el matrimonio, no pudiendo el derecho ser ajeno a la realidad en cuestión de tanta trascendencia e incidencia en la vida personal de los cónyuges.

Como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985 que recoge otra de 14 de julio de 1982, las causas de separación no son tasadas en el sentido de que no puedan aplicarse por analogía cuando falta la denominada “affectio maritalis”. Así, la sentencia primeramente citada dice que “...entendiendo que (la situación de falta de afecto) hace intolerable la convivencia (“vi-

tam communim nimis duran reddat”) la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección o profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (arts. 66 y 68 CC), y sin los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja es equiparable y subsumible en la causa primera del art. 82 CC puesto que dicha situación aboca a un menoscabo de los fines del consorcio al dejar de ser uno ayuda (“adiutorium”) del otro, constituyendo base legal bastante para acordar la separación.

2. DIVORCIO

2.1 *No procede decretar el divorcio en base a la causa 3.ª a) del art. 86, puesto que a pesar de haberse probado el cese de la convivencia durante dos años, falta acreditar que el mismo fue libremente consentido.*

AP GERONA, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidoro Rey Huidobro.

Contra la sentencia que desestima la disolución del matrimonio por divorcio basado en la causa 3.ª a) del art. 86 del CC, es decir, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpidos desde que se consiente libremente por ambos cónyuges la separación de hecho, formula recurso de apelación el esposo demandante principal alegando que la esposa prestó tácito consentimiento a la separación como lo demuestra la conversación que el recurrente mantuvo con el hijo mayor, la declaración de los testigos y la recepción por la esposa del dinero que le enviaba para cubrir gastos.

Como bien razona la sentencia apelada, el actor ha demostrado el elemento objetivo de la causa de divorcio alegada, concretamente la ruptura de la convivencia desde hace más de dos años, cuando el marido abandonó el domicilio conyugal para convivir con su compañera sentimental, pero no ha demostrado el elemento subjetivo de libre consentimiento por ambos cónyuges en la separación, pues a pesar de sus alegaciones, el hijo mayor manifiesta que la separación fue forzada por la actitud del padre, los testigos, a excepción de uno de ellos, manifiestan ignorar tal extremo y la recepción del dinero que el esposo entregaba, se hacía por la necesi-

dad de mantener el status familiar, sin que ello demuestre una libre admisión de la esposa a la situación creada, ni mucho menos un consentimiento a la relación extraconyugal del esposo, que no se deduce del hecho de que la esposa no le denunciase por abandono de familia, sino precisamente lo contrario, resignándose la mujer a la situación unilateralmente provocada por el marido, para no introducir elementos de discordia en la relación, que pudiesen enturbiar una posible reanudación de la convivencia tras eventual reconciliación.

Por eso ha de ser rechazado este primer motivo del recurso, pues la causa 3.^a a) del art. 86 del CC alegada en la demanda solo puede prosperar cuando el cese, por dos años, de la convivencia, sea consentida libremente por ambos cónyuges, no bastando en consecuencia la simple separación de hecho, sino que es necesaria la expresión de la libre voluntad de aceptarla, y sin negar la po-

sibilidad del consentimiento tácito, es imprescindible la concurrencia de unos hechos de los que se pueda deducir, con el enlace preciso y directo que exige el art. 1253 del CC, que se concede recíprocamente, por ambos cónyuges, la autorización precisa para el cese de la convivencia, no bastando la pasividad ante el hecho de la separación, como indica la sentencia del TS de 23 de noviembre de 1982 de la Audiencia de Zaragoza, de 30 de marzo de 1985 y de la Audiencia de Alicante de 22 de julio de 1992, entre otras.

En el presente caso, la separación se debió a un abandono por el marido del domicilio para iniciar una nueva convivencia, sin que la esposa haya mostrado en ningún momento su voluntad concorde con la situación de separación creada por el esposo, por lo que debe ser confirmada la sentencia que así lo aprecia, acogiendo no obstante la causa de separación invocada por la esposa en su demanda reconventional.

3. NULIDAD

3.1 *Procede decretar la nulidad por falta de consentimiento, cuando el único propósito que llevó a la esposa a contraer matrimonio fue buscar una vía de escape para emprender su vida en otro lugar.*

AP GUADALAJARA, Sentencia de 26 de junio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Isabel Serrano Frías.

La petición de nulidad matrimonial intercesada por la parte recurrente tiene como apoyo o punto de partida la consideración de esta figura como acto, contrato o negocio jurídico cuya esencia es una declaración de voluntad sujeta a determinados requisitos y que ha de expresarse en determinada forma. Como requisito esencial en todo negocio jurídico, el consentimiento constituye también un requisito imprescindible para la validez del matrimonio señalando al efecto el art. 45 del C. Civil que no hay matrimonio sin con-

sentimiento y, en consecuencia, el art. 73 recoge como primera causa de nulidad la ausencia de consentimiento. No define el Código Civil qué se entiende por consentimiento matrimonial, si bien por las notas que caracteriza aquél (derechos y deberes en un plano de igualdad, arts. 66, 67 y 68 del Código Civil), hay que entender que cuando la voluntad no se dirige a la constitución de esa unión duradera entre personas hábiles, capaces con derechos y deberes recíprocos, falta el consentimiento matrimo-

nial y el matrimonio así viciado es nulo. Sería así de aplicación en materia del consentimiento matrimonial las normas que regulan en el Código Civil el consentimiento en los contratos (arts. 1263 y siguientes). Se incluirán pues para concluir en la causa primera del art. 73 todos aquellos supuestos en que falta el consentimiento matrimonial, bien porque uno de los contrayentes o ambos sean incapaces de emitir un consentimiento válido, bien porque acogidos los contrayentes a las formas externas de celebración, su propósito no es el de asumir los derechos y obligaciones que forman la esencia de la relación matrimonial. Con estos presupuestos jurídicos y valorando en conjunto el material probatorio ninguna duda alberga este Tribunal respecto a la inexistencia total y absoluta de la demandada-apelada de querer constituir esa comunidad de vida que constituye la

esencia del matrimonio. Distinta a la efectuada por el juzgador “a quo” es la valoración que merecen para esta Sala las cartas remitidas por la esposa al recurrente y que entiende el juzgador revelan la intención de convivencia y el cariño o afecto subyacente, manteniendo en sentido inverso este Tribunal que pone de manifiesto con continuas alusiones al “tema económico” el verdadero y real propósito de la contrayente cual es buscar una vía de escape para emprender su vida en otro lugar y al margen del recurrente. El propio desarrollo de la corta vida matrimonial unido a la intención de la esposa de conseguir la disolución ante las Autoridades Americanas permite así concluir en la inexistencia del elemento esencial al que hemos venido aludiendo, determinando su ausencia la procedencia de la declaración de nulidad matrimonial interesada.

3.2 *No es causa de nulidad que el esposo, tras el matrimonio, se mostrase distinto y pasase la mayor parte del tiempo fuera de casa.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.^a, Sentencia de 29 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

La esposa recurrente solicitó la declaración de nulidad del matrimonio contraído con el demandado, quien compareció para allanarse a la demanda, con base a la causa prevista en el art. 73.4 CC “error en la identidad de la persona del otro contrayente en aquellas cualidades personales, que por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.” Lo que se alega en la demanda es que el demandado, quien durante el período de noviazgo previo al matrimonio se mostraba solícito con la actora, haciéndole promesas de una plena vida matrimonial, una vez contraído se mostró distante, con un comportamiento interesado y poco dispuesto a llevar una vida matrimo-

nial con la entrega que la actora esperaba, pasando la mayor parte del tiempo fuera de casa.

La sentencia de primer grado rechaza la demanda con el argumento de que lo que se evidencia es una ruptura, un fracaso matrimonial que responde a conflictos no superados y a limitaciones y fallos humanos que han ido dañando cada vez más la convivencia, hasta llegar a la actual situación, cuyo origen se desconoce, pronunciamiento contra el que se formula el recurso de apelación del que conocemos.

En cuanto al art. 73.4 CC se refiere, la doctrina viene distinguiendo entre el error

obstativo, que recae sobre la identidad del otro contrayente y el error vicio, o error propiamente dicho acerca de las cualidades personales, siendo éste el típico error del negocio matrimonial. Aun cuando no hay posturas unívocas ni pacíficas acerca de la cualidad personal, se entiende que la cualidad personal se predica tanto de la dimensión física de la persona como de la psíquica, incluyéndose aquí las deficiencias o anomalías psíquicas que no impiden ni obstaculizan la emisión de un consentimiento válido por parte de quien las padece, pero no a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquéllas que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; esto es, el error sobre las cualidades de la persona debe ser lo suficientemente grave como para impedir la prestación del consentimiento, si hubieran sido conocidas con anterioridad a la celebración del matrimonio, pues no cualquier error en la personalidad de uno de los contrayentes da derecho al otro a alegar la nulidad por enga-

ño (SSTS 11-VII-1987 y 18-IX-1989 y SAP Madrid 12-VII-1996), bien entendido, en todo caso, que debe referirse a cualidades no conocidas con anterioridad al matrimonio (STS 18-IX-1989) y que su existencia y peso en la decisión de contraer matrimonio ha de ser probado suficientemente por quien lo alega, por ser carga que le corresponde conforme a las normas que se derivan del art. 1214 CC.

En el presente caso no se alega propiamente un error en las cualidades personales del contrayente, sino, que lo que se afirma es el distinto grado de entrega con que los cónyuges entienden el matrimonio lo que, además, en modo alguno ha quedado acreditado que hubiese sido ocultado por el demandado, pues al efecto la prueba testifical es inexpressiva, y, por el contrario, de la confesión judicial del marido, cuya disposición frente a la demanda ha quedado evidenciada por su allanamiento, se desprende que había manifestado su visión de la vida matrimonial a la actora con anterioridad a las nupcias.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y REGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1 *No procede privar de la patria potestad al padre, ya que los incumplimientos de los deberes paterno-filiales estuvieron motivados por una falta de entendimiento entre los progenitores.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.^a, Sentencia de 27 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Se discute en esta alzada la desestimación en primer grado de la demanda formulada por la madre en pedimento de que el demandado sea privado de la patria potestad sobre la hija menor. Dicha pretensión se fundamentaba en el incumplimiento de los debe-

res inherentes a la patria potestad establecidos en el art. 154 CC en que habría incurrido el demandado al no haber hecho oportuno pago de la pensión alimenticia fijada a su cargo y en favor de la hija en las sentencias matrimoniales, así como al haberse manteni-

do apartado de ella pese al régimen de visitas fijado en dichas resoluciones.

La razón de la desestimación de la demanda en primer grado se contiene substancialmente en el fundamento de derecho núm. 2 de los de la resolución recurrida, en el que se indica que aunque efectivamente durante un tiempo el padre dejó de hacer pago de las sumas fijadas en los litigios matrimoniales, ello fue debido a su situación de desempleo y que en la actualidad las está ingresando en la cuenta que indicó la actora en el juzgado ejecutor a su requerimiento, y que la falta de comunicación existente entre la menor y su progenitor se debe más que al desentendimiento de éste a la situación matrimonial provocada por los procedimientos de separación y divorcio y al traslado de la esposa desde la localidad en la que residían a esta capital, por la que no aprecia la concurrencia de causa legal de privación de patria potestad.

Esta Sala comparte la sentencia apelada. Efectivamente, de la prueba practicada, entre la que cabe destacar la sentencia penal absolutoria recaída en el procedimiento abreviado, seguido por abandono de familia a virtud de denuncia formulada por la hoy actora; la documental aportada por el demandado junto a la contestación a la demanda, que acredita las disputas existentes en orden al cumplimiento del régimen de visitas

fijado, así como la petición formulada por el mismo a fin de que le fuera indicada una cuenta en la que llevar a cabo los ingresos; así como la confesión judicial de la demandada, en la que reconoce tales extremos, se desprende que la situación denunciada en la demanda obedece a la crisis matrimonial y al comportamiento de ambas esposos.

Si esto es así, es de recordar que aunque ciertamente, como señala el art. 170 CC, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, entre los que se encuentran los de velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, constituye causa suficiente para la privación de la misma, como señalan STS de 5 de octubre 1987 y 6 de julio de 1996, entre otras, el precepto citado, en cuanto que contiene una norma sancionadora, debe ser objeto de una interpretación restrictiva. En el caso debatido, como se ha avanzado, los incumplimientos que constituyen la razón de pedir o bien se debieron a la imposibilidad transitoria, que hoy parece desaparecida, de contribuir económicamente al cuidado y educación de la menor mediante el pago de la pertinente pensión alimenticia o, principalmente, a la falta de entendimiento entre los progenitores, por lo que no parece adecuada la medida sancionatoria de privación de patria potestad, impetrada en la demanda.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1 *No es obstáculo para la atribución de la guarda y custodia a la madre la circunstancia de que su jornada laboral sea nocturna o que conviva con una tercera persona.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 7 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mírian de la Fuente García.

En el acto de la vista, el padre solicita la revocación parcial de la sentencia exclusivamente en lo referente a la guarda y custodia de las hijas menores para que sea atri-

buida a él y no a la madre como ha venido ocurriendo hasta ahora fundando su pretensión en la alteración sustancial de las circunstancias que en su día llevaron a acordar

la guarda y custodia a la madre reiterando los argumentos que en este concreto punto expuso en su reconvencción que en síntesis se refiere que las niñas no están debidamente atendidas por su madre que entre el tiempo que pasa con su compañero sentimental, su trabajo de turno de noche y su nuevo trabajo diurno no puede dedicarse suficientemente a sus hijas estando desatendidas por lo que no ejerce debidamente la guarda y custodia de las niñas padeciendo éstas crisis de angustia, lo cual quedó demostrado con las pruebas practicadas tales como cintas grabadas en su contestador telefónico, informes psiquiátricos y de un detective aportados por el esposo, exploración judicial y el dictamen psicológico.

Difícil es la tarea de los órganos jurisdiccionales cuando tienen que resolver cuestiones como la presente de tan importante trascendencia y en la que no es sencillo averiguar cuál es el interés y beneficio de las menores. Así las cosas a tenor de la doctrina apuntada más arriba y atendidas las circunstancias del caso, la Sala no aprecia motivo suficiente para modificar la guarda y ello por los razonamientos que exponemos a lo largo de la presente resolución.

1.º) Existe una consolidada situación de hecho, conforme a la cual las niñas, vienen conviviendo con su madre en condición de progenitor custodio desde la separación judicial acaecida en el año 1992, en virtud de lo estipulado en el convenio regulador que las partes sometieron a refrendo judicial en el anterior procedimiento de separación matrimonial habiendo transcurrido desde entonces casi 6 años.

2.º) En cuanto a la relación de la madre con su compañero sentimental del informe psicológico judicial resulta que “las niñas no le tienen mucha simpatía y aunque no les cae demasiado bien especialmente a la mayor, no es para nada suficiente motivo para no querer estar con su madre”, ni tampoco para entender que la madre no se ocupa de las niñas.

3.º) En lo tocante al viaje de quince días de vacaciones disfrutados por la madre con su compañero sentimental en Brasil a finales del año 1993 mencionado por el apelante, insistiendo en la grave crisis emocional que por dicha causa sufrieron las niñas llamando continuamente a su padre el cual grabó dichas llamadas que entregó a varios psiquiatras para que las analizaran, recomendando éstos en sus informes de marzo de 1994 un cambio de la guarda y custodia de las niñas al respecto se ha de decir que dicha situación como se desprende del dictamen de la perito-psicólogo que “en cuanto al análisis de las cintas todo parece indicar que fue el resultado de un estado emocional que puntualmente se dio en un momento en que la madre estaba de viaje y dio órdenes a los abuelos maternos con los que permanecían las niñas de que no fueran con el padre lo que desencadenó toda una serie de llamadas grabadas. Sin embargo no se han repetido unas circunstancias análogas por lo que parece que toda repercusión haya podido ser ya solventada. No obstante, a pesar de lo ocurrido al ser un incidente aislado tampoco constata ni acredita el descuido materno tantas veces denunciado. En este orden de cosas las niñas también fueron examinadas por las mismas fechas por una psiquiatra a petición de la madre presentando a la fecha 1 de marzo de 1994 un estado intelectual y emocional dentro de los límites normales. No obstante no sería raro, como así fue, que las niñas hubieran sufrido crisis de angustia a causa de la separación de sus padres por el trauma que esto supone para cualquier menor que un día cualquiera uno de los progenitores—este caso su padre—al que quieren, deja de vivir en el hogar familiar con todas las consecuencias afectivas y psicológicas que tal ausencia provoca en cualquier niña.

4.º) En lo atinente al trabajo de la madre presta sus servicios en el Hospital Universitario como ATS con carácter fijo desde el día 1 de junio de 1977, adscrita al turno de noches alternas de 22,00 a 8,00 horas sin haber variado en ningún momento dicho horario,

circunstancia ésta igual antes y después del matrimonio y al tiempo de la separación que ha permanecido invariable hasta el día de hoy. En consecuencia la Juzgadora de instancia ya lo tuvo en cuenta al acordar la separación atribuyendo la guarda y custodia de las niñas a la madre como así convinieron los esposos. Sólo ha variado una circunstancia y es que la madre desde el 1 de julio de 1993 viene prestando sus servicios de ATS en otro servicio médico tres horas al día por la mañana. Trabajo éste que se hace necesario ya que la esposa no tiene pensión compensatoria alguna pues así se estipuló en el convenio regulador y necesita de más recursos económicos para sus hijas y para ella no estando desatendidas las niñas durante dicha franja horaria pues están en el colegio, contando por otra parte la madre con la ayuda de una señora que se queda por las noches con las niñas con la que se llevan muy bien.

5.º) *Por último no hay que olvidar los deseos de las niñas que en la exploración judicial, una viene a declarar que “le gustaría vivir con su padre para siempre pero quiere ver mucho a mamá”, y, “le gustaría seguir viviendo en la misma ciudad”. La otra menor declara que “le gusta vivir con su madre y le gustaría vivir el mismo tiempo con los dos”, y “prefiere vivir en esta ciudad y quiere seguir estudiando en su colegio”. En definitiva y como se dice en el dictamen psicológico “la vinculación de las niñas con los progenitores es satisfactoria con ambas figuras paternas, con un vínculo afectivo satisfactorio” y es que “ambos progenitores aparecen como personas aptas emocionalmente para asumir la custodia de sus hijas”, y se propone “una custodia en alguna medida compartida, en el sentido de que aunque principalmente estuvieran con su madre, cosa que no rechazan las niñas y ante la elección quieren seguir como están desean mayor relación con el padre”.*

6.º) *El Informe del Ministerio Fiscal es favorable a que la guarda y custodia de las menores deba atribuirse a la madre.*

Nadie discute en la presente alzada si el apelante es o no un buen padre para sus hijas, que lo es, y las quiere, amor que es absolutamente recíproco. El problema objeto de debate es si se ha producido alteración sustancial de las circunstancias que justifique la modificación de la guarda. Así lo entiende el apelante a lo que se opone la apelada.

La Juzgadora “a quo” vino a considerar que no se habían producido circunstancias distintas o especiales de las que llevaron a los propios cónyuges a atribuir la guarda y custodia a la madre en el convenio regulador firmado por ambos el 14 de mayo de 1992 y aprobado por sentencia de 9 de septiembre de dicho año. Criterio éste que la Sala comparte habida cuenta de que por todo lo razonado no se ofrecen razones objetivas y plenamente acreditadas que evidencien el error en la valoración de la prueba en la resolución de instancia o hagan aconsejable en beneficio de las menores cambiar el sentido de la medida adoptada.

Se hace necesario destacar que las niñas se encuentran bien con su madre, que no ha quedado acreditado estén desatendidas; lógico es que añoren a su padre al que quieren y desean ver con más frecuencia. La madre no se opone a que vean a su padre. Es más habida cuenta de la gran amplitud y flexibilidad del régimen de visitas que los padres pactaron aprobado por el Juez se puede llegar a entender que aunque formalmente la guarda y custodia se haya atribuido a la madre en la práctica el padre puede tener a sus hijas casi cuando lo desee mientras no estén en el periodo vacacional de la madre. Este es un argumento más para mantener la medida en los términos estipulados.

No es admisible lo que propone el recurrente de atribuir la guarda de las niñas al padre aunque sea por un tiempo prudencial y ver qué ocurre como si de un “experimento” o “prueba” se tratara pues está en juego el interés de las niñas (que ha de prevalecer sobre cualquier otro) que ya han sufrido bastante con la crisis matrimonial de sus

progenitores como para experimentar más zón de peso que justifique modificación al- sobre su destino, máxime cuando no hay ra- guna.

2.2 No es causa para modificar la atribución de la guarda y custodia la circunstancia de que la madre tenga una actividad laboral con horario que le impida comer con sus hijos, o que salga en ocasiones por la noche si los menores quedan al cuidado de un adulto responsable.

AP AVILA, Sentencia de 28 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María José Rodríguez Duplá.

En el supuesto de autos el padre sostiene que se han producido hechos de extrema gravedad (sic) que aconsejan le sea atribuida la custodia de sus hijos, de 10 y 7 años de edad, para a continuación narrar una serie de acontecimientos puntuales que al parecer de este Tribunal no acreditan la situación de descuido y abandono que concluye el recurrente ni que la demandada haya delegado en nadie la atención y vigilancia de sus hijos, amén de carecer algunos extremos de la necesaria prueba. Así, no tiene relevancia que ocasionalmente los niños hayan sido confiados a su abuela materna al disfrutar la madre de un

viaje fuera de esta Ciudad, por mucho que se produjera la desgracia de que el abuelo materno de los menores hubiera de ser ingresado en un hospital y esta circunstancia impidiera a su esposa hacerse cargo de los niños, como también es intrascendente que la demandada tenga una actividad laboral con horario que le impide comer con sus hijos, o que tenga amistades y salga en ocasiones por la noche si los menores quedan al cuidado de un adulto responsable, pues todos éstos son actos socialmente admitidos y que no merecen el pretendido reproche.

2.3 No es causa para modificar la atribución de la guarda y custodia la circunstancia de que la madre deje a la hija bajo el cuidado de la abuela materna mientras está trabajando. No obstante es procedente la ampliación de las visitas intersemanales.

AP CORDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 19 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana María Sánchez García.

Solicita la parte apelante que se modifique la resolución recurrida y que se le conceda la guarda y custodia de la hija de dos años que en la sentencia de instancia se concede a la madre.

Las razones aducidas por el apelante no constituyen, sin embargo, motivo suficiente para modificar la decisión adoptada por el Juzgador de instancia, sin que exista razón alguna para cambiar este pronunciamiento

concreto, no siéndolo, desde luego, lo alegado por el apelante, a saber que la madre deja a su hija al cuidado de la abuela materna, mientras está trabajando, circunstancia que se repetiría en caso de estar la hija bajo la guarda y custodia del padre que también debería dejar a su hija al cuidado de otra persona, mientras desarrolla su actividad profesional.

En cuanto a la afirmación que se refiere a que se está intentando apartar a la niña del padre por parte de la familia materna, no existe ninguna prueba de ello, sin que sirva a estos efectos la circunstancia antes aludida. Entendemos, por tanto, que el Juez “a quo”, toma esta decisión de acuerdo con lo preceptuado en el art. 92 del CC, es decir, exclusivamente en beneficio de la hija y sin vulnerar en ningún momento el art. 154.1 del mismo cuerpo legal.

Solicita el apelante, en caso de no ser aceptado el motivo antes examinado, que se modifique el régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, en el sentido de am-

pliar el horario de las mismas en los 2 días entre semana que el padre puede ver a la hija solicitando que esta visita, actualmente fijada en 1 hora, se amplíe hasta alcanzar una duración de 3 horas. Igualmente solicita el padre que se levante la prohibición de que la niña pernocte con él. Entiende el apelante al articular este motivo del recurso que el Juez de instancia incurre en error al interpretar los arts. del CC antes citados, el 92.2.º y el 154.1.º, sin embargo, la Sala estima que, al contrario la sentencia respeta escrupulosamente tanto la letra como el espíritu de tales preceptos, adoptando medidas que redundan única y exclusivamente en beneficio de la hija, atendiendo, sobre todo, a su edad, sin perjuicio de poder ser revisadas cuando la hija vaya creciendo.

No obstante, la Sala entiende que no perjudica a la niña, y en este sentido se pronunció también el Ministerio Fiscal, el aumentar en una hora las visitas durante los días entre semana a las que el padre tiene derecho, fijándose en 2 horas cada día.

3. REGIMEN DE VISITAS

3.1 No procede fijar en un procedimiento de separación un régimen de visitas de un hijo que, a pesar de ser mayor de edad, está afectado por una incapacidad que aún no ha sido declarada judicialmente.

AP CORDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.

El recurso de apelación queda limitado a la solicitud de que se establezca en favor del apelante un régimen de visitas respecto a su hijo, impedido y mayor de edad y tal pretensión debe ser desestimada. No constituye un procedimiento de separación el ámbito adecuado para determinar el grado de minusvalía de una persona y su posible incapacidad

por lo que el Juzgador de instancia no ha efectuado sobre el particular, con acierto, pronunciamiento alguno.

El hijo es mayor de edad y mientras no se acuerde en el procedimiento idóneo su declaración de incapacidad, las relaciones paterno-filiales han de regirse por el mutuo acuerdo de las partes interesadas.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *La atribución judicial del uso de la vivienda constituye título suficiente para excluir la figura del precario.*

AP BALEARES, Sec. 3.^a, Sentencia de 18 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

La cuestión que se suscita en la presente alzada es la de si la atribución por acuerdo de los cónyuges del uso de la vivienda familiar a la demandada por sentencia firme recaída en el proceso matrimonial de separación, al amparo de lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, es título apto y suficiente para enervar la acción de desahucio en precario.

Sabido es, y así lo enseña el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de enero de 1995, que el precario no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor; así como que el ámbito discursivo se reduce en el juicio sumario de desahucio al examen del título invocado por el demandante, la identificación del objeto sobre que recae y al estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título, o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced; quedando fuera de su ámbito las denominadas cuestiones complejas que obligan a acudir el declarativo para su pormenorizado examen, con la ventaja, además, de la obtención de la seguridad jurídica que presta la cosa juzgada material de que está revestida la sentencia del juicio ordina-

rio y que no ofrece el procedimiento sumario de desahucio.

Pues bien, cierto es que este tribunal venía manteniendo que la atribución del uso en causa matrimonial sólo desplegaba su eficacia directa entre los miembros del grupo familiar, sin repercusión inmediata frente a terceros, en justo acatamiento a la hoy superada doctrina legal que así lo venía manteniendo hasta que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 al entrar en el estudio de la naturaleza que deba darse al uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente y efectos de este uso sobre el titular dominical de la vivienda, cuando éste sea una persona ajena a la relación matrimonial en crisis o extinta, y, más concretamente, cuando la dicha titularidad nace después de haberse determinado el uso por decisión judicial, a causa de un acto de disposición efectuado por el otro cónyuge o por quien trae derecho del mismo, sentó claramente que “hoy en día, teniendo en cuenta las Leyes vigentes (artículo 1320 y artículo 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio), que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo

autoriza u homologa, [...] de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercer sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela”. Por ello y siguiendo la más reciente Sentencia del Alto Tribunal de 18 de octubre de 1994 que proclama que el uso atribuido judicialmente debe configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, y, en todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que

aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta de la vivienda en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, este tribunal tuvo que cambiar el criterio para sentar que la atribución judicial de la vivienda en proceso matrimonial es título suficiente para enervar el precario.

Haciendo aplicación de la anterior doctrina al caso resulta que la demandada viene ocupando la vivienda propiedad de sus suegros por atribución judicial en la Sentencia de separación matrimonial, aprobando el acuerdo de los cónyuges sobre dicho uso “ex” artículo 96.1 del Código Civil, lo que, en principio y mientras subsista dicha medida, constituye título suficiente para excluir la figura de precario, y por ello procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia desestimando la demanda de desahucio en precario.

2. *Procede estimar la acción de desahucio contra la esposa e hijos ocupantes de la vivienda cuyo uso fue adjudicado en un convenio regulador de separación.*

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, Sec. 3.^a, Sentencia de 18 de julio de 1998

Ponente: Ilmo Sr. D. Roberto Roldán Verdejo.

Planteada en esta litis una cuestión de precario, la demandada tanto en la instancia como de manera más precisa en el recurso de apelación alega por una parte la existencia de un convenio regulador, judicialmente aceptado en su pleito de divorcio con mutuo acuerdo, en virtud del cual se fijaba como domicilio de ella y sus hijos el que hoy es objeto de desahucio; y por otra el hecho de que su permanencia ocupando la vivienda lo fue con el consentimiento de la hoy actora, ocupación que dura no solo los años que indica aquella, sino más de veinte, en que perduró el matrimonio y siempre con el completo asentimiento de la demandante.

La sentencia recurrida, que estimó la demanda, parte del supuesto de que, estando ocupada por el matrimonio en su día la vivienda en cuestión con carácter precarial, no puede entenderse que su carácter posesorio como precaristas, se acrecienta en derechos por la existencia de un divorcio, y al ser constituida en domicilio de la esposa por acuerdo de los cónyuges, pues su situación jurídica sigue siendo la misma en relación con tal vivienda. Tal principio es de todo punto irrefutable, pues nada tiene que ver el que las partes designan en el convenio, voluntariamente, los domicilios que deseen para los esposos, con las relaciones jurídicas

que los relacionan con los propietarios de las viviendas, en la que ningún influjo tienen los acuerdos privados que sobre el uso u ocupación de aquellas deciden los cónyuges.

Aparte de lo anterior, el que la dueña de la vivienda ocupada en precario sea familiar — en este caso madre del esposo— si bien des-

de el punto de vista de lo ético-social puede ser considerado, el ejercitar acción de desahucio contra suera, carece ello de relevancia desde el punto de vista jurídico, que en nada tiene en cuenta afectos o desafectos familiares, por lo que, siendo cierta la situación de precario de la demandada, ha de confirmarse la sentencia que se recurre.

IV. PENSION ALIMENTICIA Y CONTRIBUCION A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Procede fijar alimentos al hijo cuya filiación paterna consta en el Registro Civil aunque conste un reconocimiento expreso de la madre en cuanto a que fue fruto de una relación extramatrimonial.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 23 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus-Jochen Albiez Dohrmann.

El verdadero punto controvertido del presente recurso de apelación es la concesión de la prestación de alimentos a favor de los dos hijos en los autos de divorcio, cuando, con anterioridad, en el procedimiento de separación de común acuerdo no se contempló tal derecho a favor de uno de ellos por el reconocimiento expreso de la madre de que su hijo Miguel fue fruto de una relación extramatrimonial, renunciando en su nombre a los alimentos a cuya prestación está obligado el que aparece como progenitor en el Registro Civil. Se cometió un craso error con la aprobación u homologación judicial de aquel convenio regulador y que fue consentida por el Ministerio Fiscal. A pesar de la firmeza de aquella resolución judicial, nada impide que se pueda mantener el derecho de prestación de alimentos, que nunca se debió haber negado a Miguel, frente a quien aparece como obligado, por su condición de padre, en el Registro Civil. Hemos de estar a la filiación

tal como consta registralmente dado que se trata de una filiación matrimonial, la cual puede ser sólo rectificadora por sentencia recaída en juicio ordinario.

Aunque la inscripción registral no crea una presunción “iuris et de iure”, sí contiene una verdad de naturaleza oficial (STS de 25 de abril de 1991), la cual puede ser destruida mediante el ejercicio de la correspondiente acción impugnatoria. Pero hasta ese momento, los derechos y deberes serán atribuidos a quien aparece como el progenitor. Por otra parte, no se puede olvidar que hay un orden público familiar que garantiza, por encima de cualquier anomalía formal, los derechos de quienes aparecen como hijos, debiendo ser protegidos mientras no se destruya esa condición, y, desde luego, en ningún caso mediante una mera declaración en un convenio regulador que cumple funciones muy diferentes. Aquella sentencia

desafortunada no crea tampoco efecto de cosa juzgada sobre este punto particular, ya que, en ningún caso, fue objeto del procedimiento la paternidad o no del que aparece como padre en el Registro Civil. Y aunque la resolución judicial de divorcio debe ser continuadora de la dictada en el procedimiento de separación, como se ha defendido constantemente por esta Sección, a no ser que haya una cuestión nueva o se haya producido una alteración sustancial, no puede seguirse este criterio en un punto tan trascendental

como es la prestación de alimentos a favor del hijo a causa de una disolución del vínculo matrimonial cuando este hijo es oficialmente matrimonial. Afortunadamente la Juzgadora corrigió el error en que se había incurrido en el procedimiento de separación, “poniendo las cosas en su sitio” al conceder al hijo un derecho de alimentos y extendiendo el régimen de visitas a favor del que aparece como padre en el Registro Civil, por lo que debemos confirmar en este particular la sentencia de instancia.

2. *Procede aumentar la pensión alimenticia en la misma cuantía que el padre ha venido entregando a la madre con independencia de lo pactado en el convenio regulador.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez

Los hoy litigantes, suscribieron un convenio regulador de sus relaciones y las de sus hijos en 1985, en aquellas fechas los hijos contaban con 8 y 3 años de edad, hoy tienen 21 y 16, se encuentran estudiando, hecho que es plenamente admitido por su padre; en aquel acuerdo que obtuvo el oportuno refrendo judicial, el padre se comprometía a satisfacer además de la pensión compensatoria, ya extinguida, otra alimenticia de 20.000 ptas. mensuales para sus dos hijos.

La madre sostiene como apoyo fáctico de su pretensión que durante los 12 años transcurridos, desde el convenio, los gastos de los hijos han aumentado sensiblemente por encima de las pensiones, cuyo valor adquisitivo sólo se ha mantenido en relación con la revalorización conforme a las actualizaciones producidas por el paso del tiempo. El padre, conocedor de esta situación, ha venido contribuyendo a las necesidades de sus hijos por encima de la obligación pecuniaria que

asumió, lo que motivó que la madre no interpusiera el correspondiente incidente, habiéndose visto obligada a iniciarlo al dejar el padre de contribuir en la medida que venía haciéndolo. La mayor de los hijos, se encuentra realizando estudios en el Colegio Universitario M.C., satisfaciendo una cuota mensual de 37.200 ptas., el menor de ellos, estudia en un centro privado, en el que por comedor, transporte y enseñanza reglada se paga una cuota mensual de 60.000 ptas., gastos que es fácil presumir no existían en 1985. Si estos costes se producen con la anuencia del padre, parece probado, consta en autos, que durante años ha venido remitiendo con periodicidad mensual la misma cifra durante los años transcurridos desde 1990 a 1995, 60.000 ptas., durante el primero, para pasar a 72.000 ptas. durante el segundo, 82.000 ptas. el tercero, 90.000 ptas. el cuarto, y 97.000 ptas. el quinto, sexto y octavo, incluso el padre tenía ordenado a la empresa para la que

trabajaba la transferencia mensual de estas cantidades, aun cuando intenta justificarse diciendo que se veía obligado a ello por las continuas peticiones de la madre de sus hijos, y para atender a gastos extraordinarios que pudieran producirse en su ausencia.

Este cúmulo de circunstancias demuestran que la conducta del demandado apelado se escapa de la mera literalidad, y la justificación del padre, sobre su actitud, parece poco creíble, todo lo contrario. La Sala discre-

pando del criterio del Juez “a quo”, entiende que los actos propios del padre, respondían a un aumento de los gastos progresivos de sus hijos, desconociéndose los motivos que le llevaron a suspender esa contribución, sin que se haya acreditado dificultades económicas, pues está acreditado que sus ingresos mensuales, sin pagas extraordinarias, se sitúan alrededor de 300.000 ptas. mensuales, y reside junto a su actual esposa, en un domicilio cuyo alquiler esta satisface.

3. *Procede fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia cuando el hijo prolonga injustificadamente los estudios universitarios.*

AP LLEIDA, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Victoria Guinaldo López.

En el presente caso, el hijo mayor de edad, al tiempo de celebrarse el Convenio Regulador contaba con 18 años, acordándose en la cláusula 2.^a: “Para atender a los gastos familiares de sus hijos J. y O., que se hallan realizando estudios universitarios, el marido aportará mensualmente...”, pues bien, de la prueba practicada, tal y como describe en la sentencia ahora recurrida, resulta que está matriculado en la “Escuela Universitaria P.” de Lleida, en la rama de informática, desde 1991 y siendo una carrera de tres años, el tiempo invertido, es con mucho, superior al razonable, más cuando no se ha acreditado causa que justifica tal dilación, no pudiendo admitirse como tal estadísticas que carecen de homologación, consecuentemente se estima ajustado a derecho limitar en el tiempo la percepción de la pensión alimenticia que establece la sentencia recurrida, en favor del hijo mayor de edad, así co-

mo el importe de la matrícula universitaria, que se acordó en el Convenio y se peticiona en esta segunda instancia, de modo que el esposo vendrá obligado a prestar la pensión alimenticia señalada en la sentencia recurrida (no resulta acreditado que la actualización verificada por el juzgador de instancia sea errónea), y, la matrícula, ambos solo durante el curso académico 98-99; sin perjuicio del derecho del hijo mayor de edad de pedir alimentos a sus padres, si persiste su dependencia económica por causas que no le sean imputables (condición que contempla el art. 1 de la Ley 10/1996, de 29 de julio: “s’enten [...], si no l’acabada abans per causa que no li sigui imputable”), condición a la que viene subordinada la subsistencia de los deberes de los padres (alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral para con los hijos, fuera ya de su patria potestad, siempre que carezcan de recursos propios.

4. *Procede modificar el índice de actualización fijado —IPC— por el aumento que experimenten los ingresos como funcionario.*

AP CADIZ, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Rodríguez Martínez.

Centrado el recurso interpuesto por la representación del esposo recurrente, no en una alteración de la cuantía de las pensiones establecidas en la sentencia recurrida por los conceptos de pensión compensatoria y de contribución a las cargas familiares, sino en la obtención de un más equitativo sistema de actualización de dichas pensiones, entiende la Sala que por las mismas razones expuestas en la fundamentación de la sentencia recurrida, debe prevalecer el criterio en ella mantenido en cuanto a la determinación de cuantías fijas para dichas pensiones, sin perjuicio de que dicha cuantía pueda ser modificada

como consecuencia de alteraciones sustanciales en los supuestos en que se basan; por el contrario, el recurso ha de prosperar en cuanto a su pretensión subsidiariamente formulada, puesto que percibiendo el recurrente sus ingresos como funcionario público, es claro que el importe de las mencionadas pensiones ha de ser actualizado atendiendo al incremento real de sus ingresos anuales, no siempre coincidentes con la evolución del índice de precios al consumo, que es el sistema actualizador establecido en la sentencia recurrida.

V. PENSION COMPENSATORIA

1. *No procede fijar pensión compensatoria después de una prolongada separación de hecho.*

AP LUGO, Auto de 8 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Neira Medín.

La pensión compensatoria está prevista para paliar la disparidad en las condiciones de vida que la ruptura matrimonial pueda acarrear. Y esa pensión compensatoria es reconocido jurisprudencialmente no cabe otorgarla de oficio, sino a petición de la par-

te interesada, debiendo adoptarse mediante sentencia, al no caber imputar al otro cónyuge más cargas, ni cargas distintas, de las que tengan su origen precisamente en las dificultades provocadas por el hecho del anterior matrimonio y su duración temporal. No

cabiendo, por un lado, ampliar la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal extranjero (de cuya ejecución se trata) y siendo (como queda apuntado) enteramente disponible dicha pensión compensatoria, de ahí que no se encuentre mencionada entre las medidas que el juez necesariamente debe adoptar en estos procesos, como de las reguladas en el art. 91 del CC. Y, por otro lado, claramente se infiere del propio art. 97 CC, el carácter de prestación indemnizatoria de dicha pensión, derivada, repetimos, de que se produzca efectivamente un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, y ese momento en que ha de ser apreciado el desequilibrio económico mencionado no cabe la menor duda que debe ser el de la ruptura del vínculo, en cuanto que tal desequilibrio hay que referirlo al momento del cese de la convivencia y no al de situaciones posteriores a dicha crisis, ya que el mismo texto legal se refiere a ese momento del cese de la convivencia, no pudiendo así tomarse en consideración circunstancias sobrevenidas para justificar ese pretendido derecho com-

pensatorio inexistente en su momento oportuno. Así pues no es comprensible sostener que transcurridos más de veinte años de la sentencia de divorcio (en la que por cierto se dice que “dichas partes individualmente quedan libres y exoneradas de cualquier obligación relacionada con la anterior”) sin que por la esposa divorciada se le reclamase al esposo pensión alguna (como viene la misma a reconocer al contestar a la sexta de las posiciones de su confesión judicial, afirmando “que se la reclamó, pero no por el Juzgado”) que se haya ocasionado ese desequilibrio exigido, en todo caso, para el establecimiento de la misma, salvo que éste tenga su causa en circunstancias distintas del divorcio, en cuyo caso es notorio faltaría la necesaria relación de causalidad para su concesión. Por todo lo que debe ser revocada la resolución de instancia en su primer pronunciamiento, referente al establecimiento de dicha pensión compensatoria, respecto al cual se mantuvo el recurso en el acto de la vista.

2. *Procede limitar temporalmente la pensión compensatoria atendidas las circunstancias que concurren en la esposa beneficiaria de la misma.*

AP ALAVA, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Picazo Blasco.

El esposo recurrente y actor en la instancia dirigió como único motivo de recurso frente a la Sentencia de divorcio hoy atacada el relativo a la limitación en el tiempo de la pensión compensatoria, solicitando su reducción a cinco años, extremo denegado por el juzgador de primer grado con base en no encontrarse la temporalidad de la pensión

por desequilibrio contemplada por norma positiva alguna y viniéndose a añadir dos argumentos más atinentes tanto a la ausencia del cese del desequilibrio económico origen en su día de la pensión como al hecho de que la misma fuera acordada por los propios cónyuges en el convenio regulador. La esposa demandada interesó su no supresión ante el

carácter temporal de los trabajos desempeñados por aquéllas.

La dirección letrada del recurrente vino sustancialmente a reproducir en su informe el grueso argumentativo plasmado en la fundamentación jurídica de la demanda, incidiendo en la temporalidad de la misma y que el Juzgador de primer grado rechazó porque, como se apuntaba, de una parte la limitación temporal de la pensión por desequilibrio no se encuentra contemplada en norma positiva alguna, y de otra, no se produjo situación de cese del desequilibrio económico y, además, ésta fue expresamente pactada en convenio regulador.

La cuestión de la temporalidad en las pensiones por desequilibrio ya ha sido abordada por esta misma Sala en antecedentes ocasiones. Así, la Sentencia núm. 162/97 de 22 de septiembre con cita expresa de la de 2 de julio del mismo año, venía a expresar que aunque como resulta del art. 9.º CC la voluntad legislativa introduce una permanencia de la pensión por tiempo indefinido cuando en el caso concreto concurre una potencialidad real de que el beneficiario, por sus propios medios, pueda suplir en un plazo razonable el desequilibrio causante de la misma, incidiendo en el mismo sentido las SS. 179/95, 118/96, 200/96, y 410/96, doctrina asimismo extendida por otras audiencias provinciales. Pero es que, además, en el presente caso, la razonable posibilidad de que el cónyuge receptor de la pensión —en este caso la esposa— encuentre expectativas de incorporación al mercado laboral debido a su edad y a las restantes circunstancias que suelen acompañar tal predicción como, por ejemplo, el haber desempeñado algún trabajo con anterioridad denotando ello una determinada aptitud laboral, se encuentra desbordada por el hecho probado y del que la esposa no

hace cuestión, de que la misma se encuentra prestando sus servicios retribuidos para una determinada entidad mercantil desde el día 25 de septiembre de 1996, habiendo sido renovado el contrato en cuatro ocasiones y percibiendo unos ingresos netos mensuales superiores a 90.000 ptas. además de las pagas extraordinarias. Tal estado de cosas sí pueden de hecho constituir un principio de cesación de la causa que motivó la pensión, con lo que ya no nos encontraríamos propiamente ante un supuesto de limitación temporal de la pensión motivado ante simples perspectivas futuras de trabajo, sino que estaríamos lindando con el primero de los supuestos de extinción previstos por el art. 101 del CC, esto es, el de la cesación de la causa que lo motivó, que no es otro que la del desequilibrio. No obstante ello, tampoco cabe obviar que en este concreto caso la pensión compensatoria fue pactada entre los cónyuges tal y como se desprende de la cláusula cuarta del convenio regulador, si bien su carácter contraprestacional, esto es, su otorgamiento a la esposa como contraprestación a una determinada actividad de la misma lo que conduciría a su naturaleza sinalagmática, no aparece plasmado en el convenio que se limita simplemente a expresar la producción de un determinado desequilibrio económico. De ahí que ponderando todas estas circunstancias deba de concluirse en el sentido de que procede la temporal limitación de la pensión por desequilibrio, que atendiendo a la edad actual de la esposa —cuarenta y dos años— y a su probada aptitud de incorporación al mercado del trabajo la Sala limita a seis años desde la fecha de la presente resolución, y sin obligación alguna por su parte de entregar al esposo cantidad alguna durante este tiempo trabaje o no, lo que, en suma, supone la sustancial estimación del recurso principal.

3. *Si en la anterior sentencia de separación se fijó una pensión alimenticia para la esposa, no existe ningún obstáculo para que, al extinguirse la misma con el divorcio, pueda solicitarse una pensión compensatoria.*

AP SALAMANCA, Sentencia de 23 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildelfonso García del Pozo.

La sentencia de instancia rechazó tal pretensión de la demandada por cuanto dicha pensión no fue solicitada, ni por ello concedida, en la sentencia de separación matrimonial, deduciéndose de ello, al estar sujeta al derecho dispositivo, una renuncia a la reclamación de tal pensión. Tal argumentación de la mencionada sentencia es en líneas generales acorde con la doctrina jurisprudencial mayoritaria, en la que se señala que la pensión compensatoria, que establece el artículo 97 del Código Civil, se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que la separación o divorcio le supone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, pensión que responde a una finalidad cual es, como dice la STS de 2 de diciembre de 1987, que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio, en la medida de lo posible.

De ahí que existen notables diferencias entre la pensión compensatoria y la pensión por alimentos, en cuanto que son instituciones distintas que responden a presupuestos y fundamentos diferentes. La segunda de ellas, que aparece regulada en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, obedece a criterios de necesidad; es decir, nace con el fin de proveer lo necesario para atender las exigencias vitales, tomando como base de su otorgamiento la necesidad de quien la solicita y los recursos del obligado a prestarla, siendo irrenunciable (art. 155 del Código Civil). Por el contrario, la pensión compensatoria, recogida en el art. 97 del Código Civil, en-

cuentra su razón de ser en el desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos como consecuencia de la separación o divorcio, desequilibrio que supone un presupuesto más amplio que la necesidad, en cuanto destinado a cubrir, no solamente las necesidades vitales, sino también, y fundamentalmente, a restablecer o reparar el perjuicio económico derivado de la ruptura de la vida conyugal, con posibilidad de renuncia por los cónyuges (SAP de Las Palmas de 19 de febrero de 1996). Puede afirmarse, teniendo en cuenta los presupuestos fácticos que justifican el nacimiento de la pensión compensatoria, que su naturaleza no es alimenticia, sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio, y sin vinculación alguna con la idea de su responsabilidad por culpa (STS de 19 de junio de 1988), sin perjuicio de que su fundamento puede basarse también en el principio de solidaridad postconyugal, es decir, en el equilibrio económico fundado en la solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio.

Consecuencia de ello es que, mientras la deuda alimenticia tiene una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibir los alimentos y la posibilidad de prestarlos (y por supuesto, mientras se mantenga el vínculo familiar, según la STS de 23 de septiembre de 1996), y su contenido se limita a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142 del Código Civil), por el contrario, la pensión compensatoria carece de tal límite normativo y, por imperativo de su naturaleza

objetiva, se extingue por las causas del artículo 101, párrafo primero del Código Civil, radicalmente distintas de las de la prestación alimenticia.

Del mismo modo, se ha señalado reiteradamente que la pensión compensatoria es cuestión de estricto derecho privado y se rige por los mismos principios que gobiernan esta parcela jurídica, entre ellos los de rogación y disposición. Así lo han resuelto numerosas resoluciones emanadas de las Audiencias Provinciales (SSAP Tarragona de 17 de febrero de 1994, Las Palmas de 14 de junio de 1994; Asturias de 21 de diciembre de 1994 y de 4 de julio de 1995; y La Coruña de 13 de octubre de 1997, entre otras muchas), y se desprende también del art. 91 del Código Civil, que no menciona esta medida entre las que el Juez debe acordar necesariamente en toda sentencia de nulidad, separación matrimonial o divorcio, o en su ejecución. Más concretamente, la ya citada STS de 2 de diciembre de 1987 afirma que el artículo 97 del Código Civil no es una norma de derecho imperativo, sino dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva.

En definitiva, se sostiene jurisprudencialmente que la pensión compensatoria es enteramente disponible al no afectar el sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio. Por ello, se ha llegado a afirmar que el derecho a la pensión compensatoria ha quedado juzgado en el proceso de separación matrimonial cuando el derecho no se hace valer o no se insta por las partes, de modo que no puede reproducirse la petición de pensión compensatoria en el posterior juicio de divorcio (SAP Asturias de 21 de diciembre de 1994).

No obstante la doctrina general anteriormente establecida, se ha contemplado también por la jurisprudencia la posibilidad de instar pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio en el supuesto concreto

de que se hubiere establecido a favor de uno de los cónyuges pensión o contribución a cargo del otro en concepto de alimentos en el anterior proceso de separación matrimonial, y ello porque:

a) La disolución del vínculo matrimonial que necesariamente se deriva de la sentencia de divorcio (artículo 85 del CC) priva a los divorciados de la condición de alimentistas que el art. 143 otorga a los cónyuges (SSTS de 29 de junio de 1988 y de 23 de septiembre de 1996; SSAP La Coruña de 13 de octubre de 1997 y de Zaragoza de 27 de octubre de 1997).

b) En consonancia con ello, se viene entendiendo que la cesación de la obligación alimenticia que conlleva la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio podría dar motivo a que se reconociera al cónyuge alimentista el derecho a percibir una pensión compensatoria con base en el número 7 del artículo 97, en cuanto puede implicar la nueva situación una modificación de circunstancias con el consiguiente desequilibrio para el cónyuge más débil económicamente (SSAT de Oviedo de 16 de junio de 1983, de Barcelona de 2 de abril de 1987, y de Pamplona de 28 de mayo de 1987; SSAP de Palma de Mallorca de 3 de febrero de 1989, de Vizcaya de 14 de octubre de 1993 y de Tarragona de 17 de febrero de 1994; entre otras).

Por consiguiente, como en el presente caso en la sentencia de separación matrimonial, por vía de ratificación de las anteriores medidas provisionales, se estableció en definitiva una pensión de alimentos para la esposa, al fijarse en ciento cincuenta mil pesetas mensuales la contribución del esposo a las cargas del matrimonio con destino a su esposa e hija, la que necesariamente habrá de extinguirse como consecuencia de la declaración de divorcio, es factible, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente señalada, la petición de la esposa de que se fije a su favor una pensión compensatoria, a pesar de que ello no fuera solicitado en la separación matrimonial.

4. *No existe disposición legal alguna que prohíba al tribunal limitar temporalmente la pensión compensatoria, circunstancia que está en consonancia con la naturaleza de la institución y con el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos según el art. 7.1 del CC.*

AP CORDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.

El recurso de apelación queda limitado al capítulo relativo a la pensión compensatoria que por importe de 40.000 pts. mensuales se concede al esposo en la sentencia recurrida y en este punto es preciso hacer constar que la jurisprudencia en la materia proclama que la pensión compensatoria por su naturaleza, características y manera de establecerse no puede, de hecho ni jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos, y que el art. 97 del CC, aplicable tanto al caso de separación como al de divorcio, exterioriza un derecho personal que corresponde al cónyuge que, con motivo de la crisis matrimonial, se le haya producido un empeoramiento de su status económico en relación a la situación que tenga constante matrimonio y se encuentre en posición de desventaja o desequilibrio respecto de la que mantenga el otro. Estos presupuestos fácticos que justifican el nacimiento del derecho, permiten afirmar que la naturaleza de la pensión compensatoria no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio y sin vinculación con ninguna idea de responsabilidad por culpa. Consecuencia de ello es que mientras los alimentos tienen una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos, su contenido se limita a lo indispensable para el sustento, habitación, etc. (v. art. 142 CC), por el contrario, la pensión compensatoria carece de tal límite normativo y, por imperativo de su naturaleza objetiva, se extingue por las causas del art. 101,

párrafo 1.º del CC, radicalmente distinta de la prestación alimenticia, lo que puede conducirnos a hablar de resarcimiento de perjuicios a través de la pensión compensatoria, y puede llevar a una posible equiparación de la pensión a una función indemnizatoria.

No obstante lo anterior, la doctrina y un buen sector de los tribunales se niegan a dar simple y llano carácter indemnizatorio a la pensión para otorgarle, por el contrario, un determinado carácter material, encontrando su fundamento en el principio de la solidaridad conyugal, pues sería erróneo identificarla con la reparación de daños que procede de actividad culposa. Lo que supone, en suma, entender que la pensión compensatoria se basa en un desequilibrio económico fundado en una solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio, y que por tal razón tendrá un carácter normalmente periódico.

Ello nos permite decir que no se trata de una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, pues ello sería una carga insoportable 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 para el cónyuge perjudicado y con la posibilidad real de acceder al mercado de trabajo valorando, asimismo su edad, años de matrimonio, cualificación profesional y demás circunstancias para establecer el periodo de duración de la pensión sin perjuicio de adoptarla sin fija-

ción de plazo en los casos que procede. Sólo de ese modo se evita la conversión de la pensión compensatoria en renta matrimonial absoluta e ilimitada, lo que atentaría contra el derecho de la dignidad del propio cónyuge beneficiario que, pudiendo, se abstuviese, por la expectativa de la renta, de intentar conseguir un puesto de trabajo.

La concepción actual de la sociedad y el orden de valores imperante impone concebir la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial y, sobre todo, en principio limitado en el tiempo, salvo casos muy excepcionales.

Un derecho relativo y circunstancial por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; un derecho condicional, por cuanto una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida (de manera análoga a la cláusula "rebus sic stantibus") puede determinar su modificación o supresión; y, en fin, un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial.

A esta tesis se le podría objetar que las causas de extinción de la pensión compensatoria son las expresadas en el art. 101 del CC y entre ellas no se encuentra la del vencimiento de plazo alguno. Sin embargo, tampoco existe disposición legal alguna que prohíba al tribunal limitar temporalmente aquella y está avalada su conformidad con la naturaleza de la institución y con el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos, art. 7.1 del CC.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos ha de tenerse en cuenta que no puede negarse que existe en principio un manifiesto desequilibrio entre los ingresos de la esposa y los del marido pero no puede ovidarse que las doscientas y pico mil pese-

tas limpias que percibe la mujer tienen su origen exclusivamente en el trabajo personal y con ellas ha de mantenerse ella y sus seis hijos de 25, 23, 21, 19, 14 y 10 años de edad respectivamente, aunque al parecer a uno de ellos lo mantiene una pariente, con lo que dada la situación en que se encuentra el mercado laboral en nuestro país para los jóvenes y las edades de las vástagos, los gastos del grupo familiar deben ser inexcusablemente muy cuantiosos; por otra parte y respecto al marido sólo se ha acreditado unos ingresos de 35.201 pts. correspondientes a una pensión por invalidez total, grado de invalidez que no le impide trabajar en ramo distinto al que desempeñaba con anterioridad a su inactividad laboral y aunque no se ha acreditado suficientemente que ejercite en la actualidad otro trabajo remunerado la realidad es que existe en las actuaciones claros indicios de que desarrolla actividades imbuibles en la economía sumergida que tanto está proliferando en los últimos tiempos en el campo económico español y finalmente tiene especial relevancia el hecho de que la concesión de una pensión compensatoria a favor de no muy ejemplar esposo y padre repercute en forma negativa en las posibilidades económicas de los hijos, dependientes todos ellos en el ámbito pecuniario de los ingresos de la madre.

Por otra parte, dada la edad del esposo, tipo de incapacidad y circunstancias concurrentes, la pensión compensatoria a conceder debe limitarse en el tiempo en base a lo argumentado en el anterior fundamento jurídico.

En consecuencia debe estimarse parcialmente el recurso de apelación con revocación de la sentencia recurrida solo en el apartado pecuniario solicitado y en el sentido de reducir la pensión compensatoria concedida a favor del marido a la suma de 20.000 pts. mensuales y solo por el plazo de 2 años, tiempo más que suficiente para que el apelado reorganice su vida y ello sin hacer expresa imposición en las costas devengadas en esta alzada.

5. *Si bien la prueba de la convivencia incumbe al actor, demostrado este extremo, ha de ser el que intenta impedir la desaparición de la pensión compensatoria quien pruebe que la misma no es estable o “more uxorio”.*

AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso.

Se centra el presente recurso, de un lado a negar que concurre la causa de extinción de la pensión compensatoria (art. 101 CC), como acuerda la sentencia de instancia. Las alegaciones del recurrente a tenor de las cuales vulnera la sentencia apelada las normas reguladoras del “onus probandi” (art. 1214 CC) o incluso el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al extinguir indebidamente la pensión, resulta a la luz de lo actuado o cuando menos gratuitas. En efecto, debe recordarse que (sentencias de esta Sala de 3-II-87, 21-II-89, 15-I-92, 12-VII-96, etc.) la causa de extinción de la pensión —por convivencia marital con otra persona—, se configura como una forma de cese del derecho que supone la realidad de una convivencia permanente y estable que viene a generar una relación “more uxorio”, similar a la del modelo matrimonial, que precisa la nota de estabilidad, esto es alejado de la situación meramente esporádica o circunstancias, aunque no tenga que ser definitiva en el tiempo, ni se exige se perpetúe inexcusablemente. También ha declarado la Sala que si bien la prueba de la convivencia incumbe al actor, demostrado este extremo, ha de ser el que intenta impedir la desaparición de la pensión compensatoria, quien pruebe no ser esta estable o “more uxorio”, sino que obedezca a otra causa, ante la facilidad probatoria que dicha circunstancia tiene para él, que

resultaría una verdadera prueba diabólica para la contraparte.

Desde otra perspectiva, fácil es de apreciar lo acertado de los razonamientos de la apelada. En primer término, la propia apelante (y su hijo) ha reconocido en confesión que ha convivido con D. José; convivencia que lo fue (de ser ciertas sus manifestaciones, corroboradas por la testifical), de forma estable, aunque no se perpetuase. En tal sentido incurrió desde ese instante en la causa de extinción mencionada. Pero es que además tal estado de cosas continúa subsistiendo, por más que pretende ocultarse por la actora y su compañero sentimental, quien se ha negado a acudir a declarar. No solo continúan ligados en una actividad comercial común, sino que su vida afectiva sigue vigente, aunque formalmente mantengan administrativamente domicilios separados. Así lo declara el hijo de los litigantes y otros testigos, lo corrobora (aun cuando no es un dato puramente indiciario debido al escaso lapso de tiempo del seguimiento) el informe de detectives y lo justifican determinadas acciones de la recurrente, como es dar como propio domicilio en el contrato de arrendamiento de la industria que regenta, el de D. José. Todos estos elementos probatorios valorados en su conjunto determinan la extinción de la pensión compensatoria cual acuerda la sentencia impugnada y debe confirmarse.

6. *No procede fijar pensión compensatoria en el divorcio cuando en la separación únicamente se contempló una pensión en concepto de contribución a las cargas del matrimonio.*

AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Juan Castro Feliciano.

En relación a la pensión compensatoria sometida a debate en el presente procedimiento de divorcio, es preciso señalar que dicha materia se encuentra sometida al principio dispositivo, al tratarse de aspectos puramente económicos que afectan a los cónyuges, y no a los hijos menores de edad. De ahí que, siendo el artículo 97 del Código Civil un precepto de derecho dispositivo, no necesario o imperativo (STS de 2 noviembre de 1987), ha de respetarse los pactos privados en caso de separación conyugal, en todo caso dentro de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad. Consecuencia de ello es que, respecto de la pensión compensatoria basada en un desequilibrio económico producido tras la separación o divorcio, siendo como es de derecho voluntario, se aceptan los pactos a que hayan llegado los cónyuges, entre los que cabe la renuncia a la misma; lo que no es más que una consecuencia del principio general de admisibilidad de la contratación entre cónyuges introducida en el Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, superando las antiguas restricciones a dicha contratación.

Decíamos en Sentencias de esta misma Sala de 8 de julio de 1996 y de 23 de marzo de 1998 que el artículo 97 del CC establece que el derecho a la pensión surge a consecuencia del desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges con motivo de la ruptura de la convivencia matrimonial producida a causa de la separación o divorcio, y es a ese momento (instante en que se rompe la convivencia), al que hay que acudir para hacer nacer el derecho a la pensión, que ha de ser objeto de expresa petición por la parte

interesada, de modo que los ulteriores acontecimientos que modifiquen la situación económica de uno u otro cónyuge, si bien pueden ser tenidos en cuenta, conforme señala el artículo 100 del CC, son, sin embargo, irrelevantes para crear “ex novo” el derecho al percibo de la pensión. La falta de petición expresa sobre esta materia en la demanda de separación o en la reconvencción formulada en la contestación a aquélla, impiden su planteamiento en el proceso de divorcio seguido entre las mismas partes.

No puede perderse de vista, por lo demás, que esta pensión no es de naturaleza alimenticia, sino de carácter compensatorio o indemnizatorio, de modo que su devengo no tiene su razón de ser en una situación de necesidad del cónyuge acreedor, sino en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, que ha de producirse con motivo de la separación o divorcio, y que implique un empeoramiento en relación con la situación existente constante matrimonio.

Precisamente por este carácter indemnizatorio, que sirve para reparar el perjuicio que un cónyuge sufre a consecuencia de la ruptura matrimonial en relación a su situación anterior en el matrimonio y a la posición económica en que queda el otro tras esa ruptura, tal pensión sólo puede estimarse procedente cuando se da un efectivo desequilibrio entre la situación económica de ambos cónyuges tras la ruptura matrimonial y cuando éste encuentra su causa en la misma. Y aunque la Ley mencione tanto la separación o el divorcio como causa del desequilibrio (como no podía ser de otro modo, puesto que divorcio y separación no son ne-

cesariamente dos situaciones sucesivas), no debe entenderse que dándose ambas situaciones sucesivamente puede apreciarse la situación de desequilibrio en cualquiera de ellas: el momento a considerar, en todo caso, es el de la ruptura matrimonial o, mejor aún, el de la normalidad matrimonial, esto es, el inmediatamente anterior a la ruptura, criterio que es el sustentado por la generalidad de las Audiencias (SSAAPP de Palma de Mallorca de 8 de febrero de 1989, de Oviedo de 7 de febrero de 1989, de Murcia de 9 de marzo de 1993, de Cantabria de 28 de octubre de 1993, Málaga de 14 de junio de 1994, Girona de 19 de octubre de 1995, Valencia de 2 de abril de 1996, Barcelona de 9 de enero de 1997, Vitoria de 15 de enero de 1997, Alicante de 15 de mayo y 13 de junio de 1997, etc.).

En el presente caso, la ruptura conyugal tuvo lugar con la sentencia de separación matrimonial de fecha 15 de noviembre de 1982, en el que se aprobaba el convenio regulador que había sido suscrito por los cónyuges, en el cual no se establece pensión compensatoria, y sí únicamente se fijaba la

cantidad de 25.000 ptas. mensuales como contribución del esposo a las “cargas del matrimonio”; la terminología utilizada es confusa; las cargas del matrimonio pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (artículos 1318, 1362 y 1438 CC). Diferente es, sin duda, la pensión compensatoria prevenida en el artículo 97 del mismo Texto Legal, debiendo de afirmarse que la pensión compensatoria no es una carga familiar, pues obedece a otra finalidad: evitar el desequilibrio económico que la separación o divorcio pueden producir a los cónyuges, tomando como base el momento de la ruptura matrimonial. De manera que, no habiéndose establecido en el momento de la separación (hace más de quince años) cantidad alguna en concepto de desequilibrio económico, mal puede solicitarse ahora en base a que el divorcio produzca tal desequilibrio, pues para la estimación del mismo debe estarse básicamente al tiempo que se produjo la crisis convivencial que terminó con sentencia de separación.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *La inclusión o exclusión de bienes puede interesarse en juicio declarativo o a través de incidente en ejecución de sentencia, en cuanto lo en él decidido posee también eficacia de cosa juzgada material.*

AP BURGOS, Sec. 3.ª, Auto de 9 de marzo de 1998.

Ponente Ilmo. Sr. D. José María Caballero Lozano.

En período de ejecución de sentencia, la actora promueve incidente de previo y especial pronunciamiento, solicitando la exclusión de determinados bienes del inventario

practicado para la liquidación de la sociedad de gananciales. La Juez “a quo” declara inadmitido el incidente por Auto de 9 de diciembre de 1997, con base en las sentencias

del Tribunal Supremo de 5 y 19 de julio de 1994.

Es cierto que según la primera de las sentencias que se citan como fundamento —la segunda no ha podido ser hallada—, no cabe para resolver las cuestiones de inclusión o exclusión de bienes sino el procedimiento declarativo correspondiente, debiéndose rechazar los incidentes dilatorios. Esta declaración, sin embargo, no constituye la “ratio decidendi” de la sentencia, que es la eficacia de cosa juzgada de la sentencia incidental recaída en el proceso de liquidación del cual deriva la sentencia del Tribunal Supremo. Esta resuelve un supuesto distinto al que ahora se plantea, pues allí se había formado ya un inventario por contador dirimente, el cual había acomodado su decisión a una sentencia incidental previa; partición por conta-

dor que después se quiso impugnar judicialmente, apreciándose correctamente en las dos instancias, según el Tribunal Supremo, la excepción de cosa juzgada. En cambio, ahora estamos todavía en fase de formación de ese inventario, es decir, en un trámite previo al contemplado en la sentencia invocada, que resuelve sobre la impugnación del mismo, por lo cual la doctrina contenida en esa sentencia casacional —que, además, por ser única y a mayor abundamiento no constituye todavía doctrina jurisprudencial— no es óbice para admitir el incidente tal como lo promueve la parte actora, ya que, además, es constante la jurisprudencia —ésta si es constante—, según la cual la decisión sobre la inclusión o exclusión de bienes puede interponerse en juicio declarativo o a través de incidente, en cuanto lo en él decidido posee también eficacia de cosa juzgada material.

2. *No es necesario que el hijo mayor de edad sea demandado en el procedimiento de modificación de medidas en el que se pide la extinción de la pensión alimenticia.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de mayo de 1998.

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

En cualquier caso no resulta ocioso recordar que la polémica que teóricamente pudiera surgir en el ámbito por el que intenta discurrir la estrategia litigiosa de la apelante dimana de la no muy afortunada redacción del párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil, según reforma operada por Ley 11/1990 de 15 de octubre, que admitió la posibilidad de señalar en la sentencia a dictar en una “litis” matrimonial alimentos en pro del hijo que, aun mayor de edad, careciere de autonomía económica y conviviere con uno u otro progenitor.

En efecto, y frente a otras instituciones similares en el ámbito del Derecho comparado, cual acaece en el Code Francés, que atribuye claramente la legitimación activa para el ejercicio de la pertinente acción al progenitor con quien el hijo convive, la antedicha reforma de nuestro ordenamiento jurídico no vino, en modo alguno, a introducir en el mismo un derecho nuevo en pro de dicho progenitor, aun con la específica finalidad de atender las necesidades del hijo, sino que abrió únicamente un nuevo cauce procesal para la reclamación del derecho alimenticio del co-

mún descendiente, pero sin alterar su configuración sustantiva, al continuar la titularidad radicada en el propio hijo, quien además, por su mayoría de edad y plena capacidad jurídica de obrar consiguiente (arts. 314 y 322 CC), detenta la legitimación activa para entablar cualquier procedimiento en reclamación de reconocimiento judicial de su derecho.

Y ello en definitiva nos ha de conducir a la problemática diseñada por la demandada, hoy apelante, esto es si el hijo puede, o debe, constituirse en parte en la “litis” matrimonial de sus procreadores, a los efectos del reconocimiento o, cual acaece en el supuesto examinado, de la extinción del derecho alimenticio.

Las opiniones doctrinales y orientaciones de la llamada jurisprudencia menor son múltiples, y casi todas defendibles, ante la defectuosa técnica de que adolece el precepto examinado; sin embargo, y como viene sosteniendo esta Sala, no puede perderse de vista la perspectiva procesal en que se desenvuelve la referida acción, que no es otra que la del procedimiento matrimonial de los procreadores, o sus derivados de modificación de medidas, que no admiten, en ningún caso, otras partes que los propios cónyuges, pues los efectos complementarios a adoptar en la sentencia, conforme a lo prevenido en los artículos 91 y ss. del Código Civil, aunque afecten a los hijos, no legitiman a éstos para personarse en la “litis” a fin de defender sus derechos de forma autónoma o litisconsorcial, siendo los progenitores los únicos legitimados al efecto, dado que las referidas medidas están subordinadas al nuevo estado civil, del que son inseparables, ejercitándose las acciones correspondientes, en especial las de carácter alimenticio, en virtud de la presentación que por Ley corresponde a padre y madre [art. 154.2.g) en relación con el 93, párrafo 1.º CC], ya, en su caso, por el apoderamiento voluntario que a favor de cualquiera de aquéllos hubieran otorgado los comunes descendientes mayores de edad, o emancipados, bajos los condicionantes esta-

blecidos en el párrafo 2.º del artículo 93 del referido texto legal.

No se causa, a través de tal forma de mandato, perjuicio o indefensión alguna al común descendiente, pues se le ofrecen dos opciones, para el supuesto de querer ejercitar las acciones alimenticias que le correspondan:

— *La primera de ellas, de forma autónoma, y a través del juicio de alimentos provisionales o definitivos, según las previsiones de los artículos 1609 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La misma se hace extensiva igualmente a aquellas hipótesis, cual la presente, en que reconocido el derecho durante su minoría de edad en la “litis” matrimonial, estime el descendiente, al alcanzar los dieciocho años, que la suma concedida no es la adecuada a sus necesidades todo lo cual sin perjuicio, en ambos casos, de la obligación que adquiere el mismo, una vez reconocido judicialmente el derecho y conseguida su efectiva ejecución, de contribuir con su producto, en todo o en parte, al levantamiento de las cargas familiares en el seno de la convivencia con el padre o la madre, y que ésta le podrá reclamar; caso de no voluntario cumplimiento (art. 155 CC).*

— *La segunda de dichas opciones se revela por el contrario subordinada a la suerte de la “litis” matrimonial de los progenitores, según la vía abierta por el precepto estudiado, de tal forma que el hijo no actúa ya en nombre propio, y de forma independiente, sino autorizando, de forma libre y voluntaria a uno u otro de aquéllos para entablar una acción respecto de la que éstos, y como ya se apuntó, no ostentan en principio, salvo integración por la manifestación voluntaria de aquél, la necesaria legitimación.*

No nos encontramos, en consecuencia, aunque todas las tesis son defendibles, ante un supuesto de intervención autónoma del descendiente dentro de la “litis” matrimonial, o ante una figura litisconsorcial, sino en un caso de legitimación, por sustitución, del progenitor que, una vez apoderado por el hi-

jo, está facultado para el ejercicio del derecho del mismo, y su ulterior administración, a los efectos de cubrir sus atenciones alimenticias, según previene el artículo 142 del Código Civil. Tales conclusiones se pueden igualmente hacer extensibles a supuestos, cual el hoy sometido a la consideración del Tribunal, en que el derecho de alimentos es reconocido, dentro de la “litis” matrimonial, durante la minoría de edad del descendiente, en tanto la sentencia haya sido dictada bajo la vigencia de la nueva legalidad sancionada por la reforma de 15 de octubre de 1990, pues debe entenderse, y así lo sostiene esta Sala, que el hijo, en tanto no manifieste lo contrario al alcanzar los 18 años, ha renovado tácitamente en pro del progenitor con el que convive la autorización para la exigencia ejecutiva de su derecho, en apoderamiento voluntario que sucede, sin solución de

continuidad, a la representación legal que al ascendiente incumbía durante la vigencia de la patria potestad [art. 154.2.g)].

En definitiva la diseñada situación jurídica ha de pervivir en tanto el hijo conviva con dicho progenitor, en dependencia económica del mismo, y sin retirarle la autorización que, en su momento y de una u otra forma, le concedió, pues además en tal caso sería ya inexigible la pensión alimenticia del obligado al pago en dicho cauce procesal; y de ello deriva obviamente que cualquier futura modificación de tal medida, a través del cauce de los artículos 90 y 91, “in fine” del Código Civil y apartado 8 de la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, ha de mantenerse con los mismos condicionantes subjetivos, en los aspectos activo y pasivo de la legitimación, de la primera “litis”.

3. *Existe falta de litisconsorcio pasivo necesario si no se demanda al hijo mayor de edad en el procedimiento de modificación de medidas.*

AP MALAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 1998.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

Por lo que se refiere a la acogida, en la sentencia de instancia, de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, el recurso no puede prosperar. Es doctrina jurisprudencial, que viene siendo seguida por esta Sala en reiteradas resoluciones que cuando se trata de privar a algún hijo de la pensión establecida a su favor en sentencia de separación o divorcio, y este hijo al momento de la demanda de modificación de la medida ha alcanzado la mayoría de edad, debe ser demandado personalmente, pues la

demanda le afecta de modo directo, de una parte, y de otra, ya ha alcanzado la mayoría de edad y por lo tanto el ascendiente con el que convive no ostenta su representación en juicio ni fuera de él; por otra parte, como acertadamente hace ver el Juzgador de instancia la defectuosa conformación de la relación jurídico-procesal entre las partes es cuestión que afecta al orden público, y por consiguiente puede ser aplicada de oficio por el Juzgador “a quo” sin necesidad de invocación de parte.

4. *No cabe ejecutar provisionalmente las medidas que se contienen en la sentencia, debiendo estar vigentes hasta la resolución del recurso las medidas provisionales.*

AP CORDOBA, Sec. 3.^a, Auto de 5 de octubre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

Puesto que las medidas provisionales en efecto vienen a regular, hasta tanto la sentencia alcance la firmeza, la situación transitoria de crisis conyugal —y en esto reside su razón de ser— procede la admisión en ambos efectos de la apelación interpuesta, sin que haya lugar a la ejecu-

ción provisional de la sentencia de primera instancia, debiendo mantenerse como medidas vigentes las acordadas en el auto de 29 de septiembre de 1997, quedando todo pendiente hasta la resolución definitiva de la “litis” tras la vista de la apelación principal.

5. *La condena en costas a que hace referencia el art. 523 de la LEC es aplicable a los procedimientos matrimoniales.*

AP MALAGA, Sec. 5.^a, Sentencia de 20 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

Por lo que respecta a la condena al pago de las costas de la instancia no se aprecia error en la sentencia recurrida al aplicar al tema el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho precepto regula las costas a imponer en los juicios declarativos, y el procedimiento incidental a que remite la disposición adicional 5.^a de la Ley 30/1981 de 7 de julio sobre deter-

minación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es de naturaleza declarativa indudablemente, por lo que no se aprecia motivo para considerarlo excluido de la regla general citada, habida cuenta que la referida disposición adicional no contiene ninguna norma específica sobre el pago de las costas procesales.

VII. EJECUCION 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. 1.^a, 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 núm. 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 “expresada” 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 irretroactivo de la actualización cuya eficacia opera “*ex nunc*” es decir exclusivamente desde que la misma sea solicitada.

sa” 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 irretroactivo 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. 4.^a, 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 número 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 regulador, 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. Es-

to 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. 1.ª, 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 derecho 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. *Acreditada la existencia del documento privado suscrito por los cónyuges con posterioridad al convenio regulador y el contenido meramente patrimonial del mismo, procede admitir su validez y eficacia.*

AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Oscar Bosch Benítez.

Fundamenta la Juzgadora “a quo” la desestimación de la pretensión formulada por el actor en la consideración de que el convenio regulador, por ser un negocio jurídico familiar de carácter mixto (habida cuenta de la intervención de los particulares y la autoridad pública), no puede ser modificado a no ser que se alteren sustancialmente las circunstancias, y en este caso, el cambio ha de hacerse por nuevo convenio ratificado judicialmente o por medio del procedimiento adecuado. Esta Sala, empero, no puede compartir el criterio que acaba de exponerse. Como tiene dicho el Tribunal Supremo en una reciente Sentencia de fecha 22 de abril de 1997 (Ponente: Sr. O’Callaghan Muñoz): “La cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el art. 90 CC, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de Derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como “conditio iuris”, determinante de su eficacia jurídica.

Deben, por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC.

La Sentencia de 25 de junio de 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la Sentencia de 26 de enero de 1993 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes.

Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 1256 CC las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 y está reconocido en las sentencias de esta Sala antes citadas de 25 de junio de 1987 y 26 de enero de 1993. Cuyo acuerdo, de naturaleza patrimonial, tiene una interpretación clara, que no deja duda sobre la intención de las partes y debe estarse a su tenor literal, como dispone el art. 1281 CC (...)

Partiendo de esta nítida línea de doctrina (a la que habrá que sumar la que el propio apelante cita tanto en su demanda como en el recurso interpuesto), es claro que ninguna dificultad hay en otorgar validez a un acuerdo entre los cónyuges, de carácter marcadamente patrimonial, puesto que su finalidad no es otra que la de establecer aquellas bases por las que se regirá el proceso de disolución y liquidación del régimen de gananciales a la sazón existente. No constituye obstáculo a esta afirmación el hecho de que este nuevo negocio jurídico de Derecho de familia suponga una modificación de concretos aspectos del convenio regulador que contempla el art. 90 CC y al que se refieren los arts. 81 y 86 del referido cuerpo legal (convenio que

fue recogido, como es obvio, en la sentencia de separación judicial), siempre que, como tal negocio jurídico bilateral, haya sido aceptado, firmado y reconocido por ambas partes.

A mayor abundamiento, mediante Auto de fecha 12 de diciembre de 1997 (y en otro anterior de 18 de noviembre del mismo año), ya manteníamos el parecer que ahora hemos de confirmar. Decíamos allí, con expresa invocación de la STS de 26 de enero de 1993, que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos (apartado E del art. 90 del Código Civil), pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges. Es más, el tenor literal del repetido art. 90.D) del Código llevaría a exigir igualmente la necesaria aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo cual resulta incongruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento (y, por lo tanto, también durante la tramitación de la separación o el divorcio), pactar el régimen de separación de bienes (vid. artículos 1315 y 1326 CC) y la consiguiente anterior liquidación del anterior consorcio conyugal. Además, si se analiza la regulación del procedimiento previsto para la tramitación de las peticiones de separación y divorcio, contenido en las propias disposiciones adicionales de la misma Ley 30/1981, de 7 de julio, en especial, la Disposición Adicional Sexta, que regula el trámite para las separaciones y divorcios solicitados de mutuo acuerdo, se advierte claramente en los números 6 y 7 que la aprobación judicial no se predica respecto de todos los acuerdos a que se refiere el art. 90, sino exclusivamente de los acuerdos rela-

tivos a los hijos. Así, se dice llanamente que el informe del Ministerio Fiscal se contrae a “los términos del convenio relativo a los hijos” y añade que solamente cuando el Juez considerase que el convenio (no todo el convenio, sino el relativo a los hijos, como previamente se ha definido) no amparase suficientemente el interés de los hijos podrá acordar que los cónyuges le sometan nueva propuesta; por su parte, el número 7 de la misma Disposición Adicional Sexta, cuando prevé la posibilidad de que el Juez no apruebe en algún punto el convenio, se está refiriendo, no al convenio del art. 90 CC, sino al convenio definido en el número anterior de esta Disposición Adicional, esto es, al convenio relativo a los hijos.

Sentado lo anterior, es perceptible que el problema suscitado no estriba tanto en el contenido del acuerdo de 7 de diciembre de 1993, sino en su misma existencia, abiertamente negada por la representación procesal de la esposa (supuesta falta de acreditación que asimismo encuentra apoyo en la sentencia recurrida). Sin embargo, tampoco aquí podemos dar la razón al órgano de primer grado jurisdiccional. Es reiterada jurisprudencia la de que el art. 1225 del Código Civil no significa que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado hecho por aquéllos a quienes afecta, sea el único para probar su legitimidad, porque ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento por ellas suscrito, y por eso, negada por una de ellas la autenticidad de un documento de tal clase, puede la parte a quien interesa utilizar cuantos medios de prueba estime adecuados, pudiendo el Tribunal deducir tal autenticidad de una apreciación global del acervo probatorio obrante en los autos (vid., por todas, la STS de 25 de febrero de 1991). Es éste el caso que cabalmente nos ocupa, en el que no sólo resulta altamente sintomático el hecho de que la esposa, al practicar la prueba de confesión judicial, introduzca la matización de que la firma estampada en el documento de diciembre de 1993 “es muy parecida a la suya” (absolución de la primera posi-

ción), sino que la realidad del aludido acuerdo se halla plenamente respaldada por la coherente y verosímil versión fáctica ofrecida en todo momento por el actor; por el categórico resultado de la testifical desenvuelta (el hermano del esposo en su condición, conviene no olvidarlo, de testigo —uno de ellos— de la celebración del nuevo convenio, que reconoció como de su puño y letra una de las rúbricas que figuran al pie del documento privado, junto a su DNI); así como a la no menos elocuente documental que consta en autos. Por lo que hace a este último material probatorio, ninguna vacilación hay —dada su evidente demostración— respecto de los pagos realizados por la demandada para atender los sucesivos e inmediatos vencimientos mensuales del préstamo que por importe de 1.450.000 pesetas les fue concedido a ambos cónyuges por la “Caja de Ahorros C.”, en fecha 11 de diciembre de 1992, después de haber suscrito el acuerdo de 7 de diciembre de 1993 (y hasta el mes de agosto de 1994). Esta tuvo que ser la razón por la que la esposa negara el cumplimiento por su parte de dichas amortizaciones, porque admitir tal extremo hubiera supuesto ir contra sus propios actos, es decir, que hasta un determinado momento mostró su conformidad con el negocio jurídico familiar que había aceptado y firmado. Con todo, los hechos son tercos (si se nos permite la expresión), puesto que, insistimos, estos pagos han quedado puntualmente acreditados por la parte

actora (una prueba más de los hechos constitutivos de su pretensión). Lo cierto y verdad es que, como asevera el apelante, la esposa ya conocía en el momento de suscribir el referido acuerdo los rendimientos económicos que le podía proporcionar la explotación del negocio exclusiva —negocio que significativamente no se incluyó en el convenio de diciembre de 1993—, puesto que anteriormente lo regentaba su esposo, y si realmente aceptó los términos del mismo es porque pensaba que podría hacer frente a tales deudas en el futuro, llegando incluso a dirigir el negocio durante varios meses después de la separación, como admite en la contestación a la demanda.

Por último, la sola circunstancia de que para llevar a cabo la cancelación del préstamo otorgado al matrimonio en 1992 por la “Caja de Ahorros C.” ambos cónyuges separadamente formalizaran sendas pólizas de préstamo, no es ni puede ser demostrativa de un supuesto acuerdo verbal entre las partes que revocara el documento de fecha 7 de diciembre de 1993. Más allá del infructuoso empeño de la demandada y de la realidad de los préstamos concedidos (reenviamos a la comunicación de la “Caja de Ahorros C.” de fecha 16 de julio de 1997 y a las manifestaciones del Director de la oficina de “T.”), no se ha aportado —por quien correspondía hacerlo— la menor prueba acerca de este hipotético acuerdo.

VIII. REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL

1. *Teniendo en cuenta que las litis expensas es una deuda a cargo de la sociedad de gananciales, no procede reclamación alguna después de liquidada la sociedad.*

AP BURGOS, Sec. 3.^a, Auto de 23 de marzo de 1998.

Ponente : Ilmo. Sr. D. José María Caballero Lozano.

El crédito concedido en medidas provisionales a la esposa por litis expensas e importe de cien mil pesetas origina una deuda

con cargo a la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1318.3 del Código Civil. En convenio regulador de 23 de junio

de 1997, ratificado por sentencia de separación de 16 de septiembre de 1997, se practica la disolución de la sociedad de gananciales, donde nada se dice respecto de las litis expensas pendientes de pago.

El consentimiento prestado en el contrato liquidatorio de los gananciales vincula a quienes lo han prestado, de modo que quien consiente las operaciones particionales nada podrá reclamar después contra ellas, salvo que demuestre la existencia de vicios de consentimiento que invaliden el contrato, lo que

no ha sucedido en este caso.

No es de aplicación al caso el artículo 1079 del Código Civil, como hace el Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia, pues aquel precepto contempla la acción de complemento de la partición para el caso de que se hayan omitido bienes y derechos en la misma, lo que no es el caso, en que lo que se ha omitido es una deuda y, sobre todo, tal omisión ha tenido lugar en documento aprobado por el cónyuge acreedor, el cual en este momento pretende resucitar una pretensión agotada.

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 AVILA, 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 la pasivo de la sociedad en base a las siguientes consideraciones. De las facturas aportadas con el escrito de demanda reconvenzional 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 dichas 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 depuesto 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 AVILA, Sentencia de 13 de abril de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Teresa del Caso Jiménez.

Por la representación procesal de 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 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 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 este (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 1347.5.º 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 1362.2.º del CC) 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 1397.3.º 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.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Si el padre biológico se opone a la constitución del acogimiento la misma debe sustanciarse por los trámites del juicio verbal. No se causa indefensión al padre biológico por no habersele nombrado abogado y procurador del turno de oficio.*

AP VALENCIA, Sec. 3.ª, Auto de 2 de julio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Regina Marrades Gómez.

La parte apelante, en el acto de la vista oral, solicitó la nulidad del auto apelado en virtud del art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar infringido el art.

24.1 de la Constitución, por entender que, compareciendo la madre y no prestando su consentimiento, debió tramitarse la oposición a través del correspondiente juicio ver-

bal, causándosele indefensión por no hacerlo. También considera el apelante que debe decretarse la nulidad del Auto por no habersele nombrado a la madre abogado y procurador de oficio, a pesar de no ser preceptiva su intervención, así como que el auto recurrido no establece el carácter temporal del acogimiento, ni ha sido oído el menor de 12 años.

Por lo que respecta al primero de los motivos alegados, el que no prestando la madre su consentimiento debió tramitarse la oposición por el correspondiente juicio verbal, ya que el auto apelado no expresa el carácter temporal del acogimiento, cabe decir, que la cuestión planteada ha sido ya resuelta en otras resoluciones de esta Sala, (Auto de 7 de mayo de 1998) en el sentido de interpretar que cuando un progenitor al que se reciba simple audiencia manifieste que no consiente la adopción o el acogimiento, lo que hace es interpretar que es necesario su consentimiento o asentimiento y que lo niega, y por lo tanto se está en esos supuestos en el caso de oposición que previene el art. 1827 de la LEC y que, por lo tanto, esa negativa solo puede ser soslayada tramitando el juez de instancia el juicio verbal que dicho precepto previene, según previene el núm. 3 del art. 173 del CC, salvo que se constituya acogimiento familiar provisional, cosa que no se especifica en la resolución recurrida. Denunciado por la madre biológica la indefensión que puede provocar el desatendimiento que se ha realizado de su derecho a formular oposición por los trámites del juicio verbal,

procede revocar el auto recurrido y ordenar que se siga por la juzgadora el trámite que a la oposición concede el antes citado art. 1827 de la LEC

El segundo motivo de Apelación es el no haberle sido nombrado a la madre abogado y procurador de oficio. Según la LEC en sus arts. 4 y 10, no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en los expedientes de Jurisdicción Voluntaria, por lo que, en el presente supuesto, al no haberse nombrado de oficio abogado y procurador a la madre, no se ha vulnerado su derecho de defensa, en modo alguno, ni se ha causado indefensión, no siendo procedente declarar la nulidad de lo actuado por no ser de aplicación el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Finalmente, se alega como motivo de apelación el que no ha sido oído el menor. Según el art. 173 del CC, es necesario para el acogimiento el consentimiento del menor si tuviera doce años cumplidos. Pero el art. 177.3, para la adopción establece que deberán ser oídos los menores de doce años si tuvieren suficiente juicio. Entiende la Sala que por analogía con el precepto citado, deberá ser también oído para constituir el acogimiento el menor de doce años si tuviere suficiente juicio, por lo que en el presente supuesto, tratándose de un menor de doce y no constando en los autos que no tenga suficiente juicio, se le deberá oír antes de constituir el acogimiento, siendo por tanto procedente estimar la presente causa o motivo de recurso.

2. *La circunstancia de que la declaración de desamparo lleve implícita la suspensión de la patria potestad no impide que los padres biológicos puedan intervenir en el procedimiento de constitución del acogimiento.*

AP VALENCIA, Sec. 3.ª, Auto de 16 de julio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Manzana Laguarda.

Por la dirección letrada de la parte apelante en el acto de la vista del presente recurso de apelación interpuesto contra la resolución

de fecha 12 de junio de 1997 que constituía el acogimiento de sus hijas nacidas el 1-V-90 y 24-IX-93, en favor de las personas pro-

puestas por la entidad pública, se han articulado dos motivos de oposición a la referida resolución, el uno de forma y el otro de fondo. El primero de ellos sobre la ausencia en el procedimiento de audiencia alguna de la madre biológica de las menores, toda vez que instado por la Generalitat Valenciana el acogimiento de sus hijas, con el solo informe del Ministerio Fiscal y el consentimiento de los padres acogedores, se ha dictado resolución “in audita parte” y, ello no obstante, no haberla oído y, en consecuencia no haberle permitido el ser parte, se le ha notificado la resolución objeto del presente recurso y se ha admitido el mismo. El segundo de los motivos, articulado como subsidiario a aquél, se refiere a la vulneración con la resolución recurrida de determinados preceptos [arts. 11.3, 11.2.b), 15, 17 y 22] contenidos en la Ley 1/96 de 15 de enero de protección del menor, así como de los artículos 160, y 173 del CC, y normativa internacional.

El primero de los motivos se centra en la interpretación que deba darse al artículo 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho precepto es interpretado por la Generalitat Valenciana, y en el presente procedimiento fue acogida dicha interpretación por el Juzgador de instancia, en el siguiente sentido: como quiera que la Generalitat asumió la tutela automática de las menores que se encontraban desamparadas (art. 172.1 del CC), ello conllevó la suspensión de la patria potestad de sus progenitores (art. 172.2 “in fine”), no siendo, en consecuencia, necesaria ni siquiera la audiencia de la progenitora en la constitución judicial del acogimiento por cuanto éste, según el art. 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo requiere el consentimiento de la Entidad Pública —si no fuera la promotora del expediente—, de las personas que reciben al menor, y de éste si es mayor de doce años, exigiéndose solo la audiencia de los progenitores que no estuvieran privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio. Mas dicha interpretación no puede ser acogida por esta Sala.

En efecto, una interpretación sistemática, teleológica e integradora de los preceptos

que se contienen en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil relativos al procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido en las constituciones de acogimiento y adopción de menores, así como una interpretación verificada a la luz del texto constitucional, que consagra la tutela judicial efectiva y proscribire la indefensión así como de la doctrina constitucional nacida al amparo de estos procedimientos de la que puede ser exponente la Sentencia 298/93 de 18 de octubre, lleva a la necesaria conclusión de que cuando el artículo 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que se oirá a los padres que no estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, sólo puede referirse a aquéllos que judicialmente lo están, bien por haber recaído sentencia firme privando de la patria potestad, bien por haberse adoptado en ese mismo procedimiento o cualquiera otro como medida cautelar la suspensión de dicha patria potestad.

La necesaria audiencia a los padres biológicos resulta desde el inicio del expediente ya en fase administrativa previa, toda vez que el propio art. 173 cuando establece que ante situaciones de desamparo la entidad pública tiene por Ministerio de la ley la tutela automática de los menores, especifica la necesaria notificación a los padres en el plazo de 48 horas, el que se les deberá informar de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de sus posibles consecuencias. Pero es que es más, el artículo 173.2 del CC al hablar de la formalización del acogimiento, exige el consentimiento, entre otros, de los padres que siendo conocidos no estén privados de la patria potestad, estableciéndose que en el caso de no prestar ese consentimiento o de oponerse al mismo (art. 173 núm. 3), el acogimiento solo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor por los trámites de la Ley y en cuyo caso la propuesta de la entidad pública habrá de contener los mismos extremos referidos en el número anterior —donde se contienen el consentimiento exigido—. La interpretación que ha abogado la direc-

ción letrada de la Generalitat Valenciana y el Ministerio Fiscal, lleva a la absurda conclusión de precisar la Administración el consentimiento de los padres para la formaliza-

ción del acogimiento administrativo y sin embargo, de no existir ese consentimiento poderse prescindir del mismo en el acogimiento judicial.

X. FILIACION

1. *El reconocimiento de un hijo no matrimonial efectuado ante el Registro Civil no impide que posteriormente pueda instarse un procedimiento de impugnación de la paternidad.*

AP PONTEVEDRA, Sec. 1.^ª, Sentencia de 25 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo.

Los hechos que sirven de base a la demanda interpuesta, resultantes de la prueba y no combatidos en esta instancia son los siguientes: en el año 1990 el demandante entabló relación con la demandada con la que llegó a formar una unión paramatrimonial; al tiempo de iniciarse esta relación la demandada tenía un hijo de otra persona, al que, finalmente el demandante, por complacencia, accedió a la petición de su compañera para reconocer al menor haciéndolo por declaración ante el encargado del Registro Civil de Vigo. Rota la unión de hecho mantenida por los ahora litigantes, el actor formula demanda impugnando la filiación no matrimonial por la falta de verdad biológica, por lo que solicita que sea declarada la nulidad del reconocimiento de paternidad por él realizado y la correspondiente rectificación de la inscripción en el Registro Civil.

Así planteada la contienda, reduce a una mera cuestión jurídica, la de decidir si es posible que quien lleva a cabo un reconocimiento de hijo no matrimonial, aun consciente de la inexistente paternidad biológica, y, por consiguiente, sin haber mediado vicio alguno de la voluntad, puede con posterioridad impugnar aquella filiación. La conclusión a que ha de llegarse es afirmativa.

Hemos de partir de la idea primera de que todo juicio de impugnación tiene, en última instancia, como objetivo el que la verdad prevalezca frente al título, máxime cuando se trata de materia, como la filiación, no disponible. Si bien, cuando se trata de los supuestos previstos en el artículo 141 del CC, no se prejuzga sobre la filiación definitiva, pues invalidado el consentimiento del reconocimiento por cualquiera de los vicios, no quiere decirse que, al final, no sea cierta la filiación.

En el supuesto enjuiciado, no se trata, en rigor, de revocación entendida como cambio de voluntad con el que se pretende despojar al reconocido de un “status filii” por un cambio de voluntad del reconocedor. Se trata, en puridad, de desvelar la inexistencia de un requisito objetivo (el de la paternidad) del reconocimiento en la medida que afirmaba una realidad biológicamente inexistente; en otras palabras, el reconocimiento encerraba un acto “contra legem”, que como tal comporta la nulidad absoluta del acto del reconocimiento. Con apoyo en el artículo 140 del Código Civil el propio reconocedor está legitimado para impugnar la filiación desvelando que es otra la realidad biológica, y

ello, aunque de ello ya fuera consciente al momento del reconocimiento.

La doctrina mayoritariamente admite, sobre la base de la anterior argumentación, la posibilidad de impugnar la filiación no matrimonial aun por el reconocedor que conocía la inexactitud biológica y, por ende, la ausencia de paternidad. La jurisprudencia ha abordado en alguna ocasión este tema. De forma directa en la STS de 20 de enero de 1967 a propósito de un reconocimiento de hijo no matrimonial hecho en testamento por quien conocía la falta de paternidad. Aun reconociendo, por razones de seguridad jurídica, el carácter irrevocable del reconocimiento, incluso el hecho en acto esencialmente revocable como es el testamento (art. 741), “pero este principio de irrevocabilidad —dice la citada sentencia— no es tan absoluto que impida en todo caso la impugnación del reconocimiento, dado que al dimanar éste de la exclusiva voluntad del reconocedor, tal voluntad puede ser invalidada cuando se acredita que al emitirse estaba viciada por error, dolo, intimidación o violencia, o cuando se justifique que el reconocido no es hijo del que le reconoció, dado que según el art. 129 del CC “a contrario sensu”, “no puede

ser reconocido ni el no natural ni el no hijo, y si se hace sería nulo para ir contra lo dispuesto en la ley”, pues se trata, como más adelante se dice, de un reconocimiento “contra legem” que el reconocedor puede atacar. Aunque la demanda se desestima finalmente, podemos entender que la STS de 22 de diciembre de 1964 admite también que el reconocedor pueda atacar el reconocimiento en los casos en que no existe el substrato necesario de la realidad biológica.

En la STS de 28-III-1994 que invoca la apelante, y en la que la impugnación formulada prospera, aunque se resuelve por vía diversa de la aquí tratada, parece deducirse de los hechos que la sentencia estima probados, que el supuesto de hecho correspondía a una paternidad reconocida por quien sabía que no era progenitor.

La sentencia de 27-X-93 que cita el apelado no parece aquí aplicable; se trataba de una pretensión basada en error que la sentencia, congruente con el tenor de la acción ejercitada, desestima porque se prueba que no hubo error; pero no va más allá. De todo lo razonado hasta aquí se desprende que la demanda debe ser estimada y, en consecuencia, acogido el recurso de apelación.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *No existe comunidad entre los convivientes, ya que aunque existieron breves períodos de convivencia no se dio en modo alguno un deseo mutuo de fundir los ingresos de ambos para formar un todo común.*

AP VALENCIA, Sec. 9.^a, Sentencia de 24 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Baro Aleixandre.

La pretensión de la apelante se basa en una comunidad económica supuestamente existente entre ella y el demandado. No es propiamente un régimen matrimonial regido por el sistema de gananciales (artículos

1344-1410 CC) la que aquí invoca aquella actora, que no le sería aplicable porque el matrimonio no existe, sino, como decimos, una comunidad (artículos 392-406 CC) o bien una sociedad civil particular sin más

miembros que demandante y demandado. Aun sin vínculo matrimonial entre estos litigantes y con independencia incluso de que hubieran llegado o no a vivir “more uxorio” en todos los órdenes, no existiría inconveniente en acceder a los pedimentos de ella si se dibujara aquí, con nitidez, la situación que Ana intenta diseñar, hablando de una “relación estable de pareja y describiendo una serie de pagos y gastos a los que ella hacía frente, aportaciones económicas, en suma, de las que él se beneficiaba. Es en el hecho 4.º de la demanda donde se perfila más la posición de este demandante, cuando dice que la práctica totalidad del salario del demandado se aplicaba a pagar el préstamo del coche” y que la relación mantenida era un verdadera comunidad de intereses, esto es del estudio de la prueba, y, en particular, del copiosísimo aporte documental del demandado (del que forman parte bloque de recibos del alquiler del piso en Avenida ..., del agua, de la luz, del garaje, etc.) obtiene este Tribunal la convicción de que aunque existieron breves períodos de convivencia no se dio en modo alguno ese deseo mutuo de fundir los ingresos de ambos para formar un todo común que se reputase de los dos, todo en el que se habría in-

tegrado, en su caso, el coche de referencia, con la consiguiente viabilidad del pedimento de la actora; las testificales sirven, a lo sumo, para probar que el tío de la actora, consiguió, por su condición de empleado de “F.”, que la adquisición del coche de esta marca que el conviviente demandado realizó, se le sirviera en más ventajosas condiciones económicas (es decir el “F.” ahora objeto de controversia); pero esa rebaja en el precio, de que seguramente el conviviente no hubiera gozado de realizar la compra por sí, directamente, no es magnitud que le sea lícito a la actora esgrimir ahora como un crédito frente al demandado, al amparo del cual esté justificada su pretensión de que se le reconozca condominio sobre una mitad intelectual del vehículo. No hay términos habituales para hablar de verdadera comunidad ni sociedad, máxime teniendo en cuenta que los períodos en que esta pareja compartieron techo estuvieron marcados por episodios e incidencias muy difíciles de compatibilizar con una convivencia en que realmente los ingresos de ambos, presididos por la concorde voluntad de compartirlo todo, se fundieron en una suma única con vocación de ulterior reparto a porciones iguales.

2. *Al no haberse pactado cuotas participativas entre los convivientes, corresponderá a cada uno de ellos el 50% del valor del inmueble, si bien, habrá que tener en cuenta las cantidades abonadas por uno sólo de ellos después del cese de la convivencia.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Domingo Bravo Gutiérrez.

Base estricta fáctica del presente litigio la integra el período de convivencia a modo de matrimonio en que se prolongó la unión entre actora y demandado, así como la adquisición formal, tanto en documento privado, como en escritura pública constatada por ambos, de una vivienda sobre la que se pro-

yectaron ambos pretensiones, de división de la misma, la actora inicial, como el demandado la reconvencción sobre la declaración de la titularidad única por parte del actor en la demanda reconvenicional, aceptando la sentencia de primera instancia la división, y de las formas principal y subsidiaria que esta-

blece, debiéndose resaltar lo que, a su vez, indica, “obiter dicta”, en el fundamento jurídico tercero, “in fine”, pero en esta alzada la apelante ha modificado su pretensión, pidiendo la revocación parcial de la sentencia apelada, concretando el objeto del recurso se determine en esta sentencia la fijación de cuotas proporcionales respectivas acorde con la contribución de cada uno al pago del precio realizado.

Como reconoce la sentencia apelada, al examinar el régimen jurídico de las uniones de hecho, paramatrimoniales, o “more uxorio”, no es posible aplicarles la regulación que la legislación contiene para las matrimoniales, tratando la doctrina y jurisprudencia de hallar solución para los problemas que plantean durante su permanencia y, sobre todo, cuando finalizan, que es cuando más conflictos producen, como es obvio; así se pronuncia el TS que, frente a la realidad social indiscutible y su vacío legal, se ha abierto un reconocimiento tanto por el TS como por el TC, SSTS 21-X y 11-XII-92, 18-II-93 y TC 11-XII-92, 18-I y 8-II-93 entre otras, concretando que no pueden serles aplicadas a todas los efectos y consecuencia como uniones equivalentes a las matrimoniales, sobre todo en la esfera patrimonial, STS 11-XII-92, e incluso se muestra reacio dicho alto Tribunal a la aplicación analógica, al no reconocer ni gran semejanza ni identidad de razón, sentencia de 12-XII-80; la de 22-VII-93, después de rechazar la aplicación analógica de la sociedad de gananciales, contempla la posibilidad de entender establecida una especie de sociedad civil irregular o incluso una mera comunidad de bienes, acudiendo la doctrina jurisprudencial a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados ya formada de una manera particular o universal, pactos expresos o de “facta concludentia” que evidencie esa voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho, SSTS 18-III-95 y 4-IV-97, entre otras; destacando la STS de 18-II-93 que las posibles consecuencias económicas deriva-

das de las relaciones paramatrimoniales al tiempo de su ruptura pueden en algún caso asemejarse a las sociedades cuando se acredite la “affectio societatis”, que no puede inferirse sólo de la convivencia “more uxorio”, porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de bienes la practican —SS de 21-X, 11-XII-92 y 18-V-93—, pudiendo, a su vez, darse combinaciones parciales de regímenes de relaciones concretas, destacables cuando de lo actuado por los convivientes cabe inferirse su voluntad de constituir condominio o sociedad particular o universal de los pactos expresos o tácitos.

De la actuado aparece que, por una parte, y con referencia al bien inmueble objeto de esta “litis”, que fue adquirido conjuntamente por ambos entonces convivientes, la actora y el demandado, mediante contrato en documento privado, luego elevado a público mediante el otorgamiento de escritura notarial, en los cuales nada se hizo constar al respecto de cuotas y participación en su dominio, ni en cuanto al abono particularizado del precio a abonar, ni en referencia al primeramente pagado a la firma del contrato ni en cuanto a los abonos o plazos posteriores; por otra, consta también la existencia en cuentas bancarias abiertas bien en forma indistinta por ambos litigantes, bien solo particularmente de cada uno de ellos.

Aparte de que se cargasen los abonos del inmueble en unas u otras cuentas, y se invirtieran en él cantidades en muebles y otras atenciones, lo que conviene destacar es que al tiempo de contratar su adquisición nada se especificó sobre distinción de cuotas participativas ni de procedencia del dinero invertido ni posteriormente a abonos; la adquisición fue conjunta y sin especificación alguna; ambos figuraban como titulares y ambos constaban en los efectos librados, sin particularidad.

Ya en esta alzada, las partes están conformes en la cesación de la propiedad sobre el bien inmueble de autos pero la discrepancia estriba en si se debe o no descender a la pre-

cisión de distinción de participación en las cuotas o debe imperar igualdad, extremo éste tácito aunque no se expresa en la demanda ni sentencia apelada, por aplicación del artículo 393 del CC. Este artículo contiene la promoción de igualdad de las porciones correspondientes a cada partícipe en la comunidad, mientras no se pruebe lo contrario.

Lo esencial es, desde luego, la voluntad de las partes que puede expresarse en el propio contrato adquisitivo o negocio generador de la comunidad o bien por pactos posteriores; cuando se trata, como en este caso, de contrato “inter vivos” oneroso es esencial interpretar qué fue lo que quisieron las partes al otorgar su consentimiento; podían haber hecho constar bien en forma expresa la distribución igualitaria o no de su participación en la adquisición y por ende en la comunidad que se generaba, bien de forma tácita mediante la consignación de la procedencia del dinero que había de sufragar los diversos pagos, ya de inmediato, ya en el futuro, demostrando su voluntad de adquisición de derechos y obligaciones no igualitaria, pero no se hizo constar ni una cosa ni otra. Ante ello, no ya por la presunción del 393, sino por la interpretación del propio contrato, debemos inclinarnos por la participación igualitaria, con la precisión que después se dirá.

En esas adquisiciones por negocio jurídico oneroso con tercero lo esencial es, por tanto, la manera y proporción como se adquiere y como se obligan, más que de donde procede el precio, sobre todo si no se revela en el contrato. Así opina la doctrina, entre la patria Miguel González y entre la extranjera Branca y Fedele.

No obstante, no debemos olvidar, que la situación en que el bien inmueble fue adquirido y abonados los primeros plazos bien directamente a la constructora vendedora, bien respecto al préstamo hipotecario en el que se

subrogaron, era la de convivencia “more uxorio”, había una comunicación no sólo personal sino material que fundó, obviamente, aquella adquisición igualitaria, pero que con posterioridad se rompió produciéndose la separación de todo orden de la anterior comunicación; de modo que a partir de ese momento sí hay ya que tener en cuenta las aportaciones de uno u otra a los pagos que se hayan ido produciendo pendiente por las obligaciones contraídas en el contrato de adquisición; las circunstancias cambiaron de modo drástico, de ahí que también cambien sus efectos, por ello habrá de realizarse un acreditamiento de los abonos posteriores para su inclusión con derecho de reembolso al tiempo de la división; no afecta a la congruencia, pues además es doctrina reiterada del TS la de que la armonía entre los pedidos de las partes y la sentencia no implica necesariamente un ajuste literal a lo suplicado, sino una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico en que se basan y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la aportación probatoria, le está permitido al juzgador establecer su juicio crítico de la manera que entienda más adecuada, pues lo que importa es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia bastante para dejar resueltos todos los extremos que fueron materia de debate, SS.30-VI-83, 30-V-84, 9-IV-85 y 7-XI-86, y a que fue pedido en cierto modo por la actora tras cancelar los cargos que pesen sobre la vivienda, siendo evidente que desde la demanda al tiempo que se ejecute la división han vencido plazos de una y otras obligaciones, a más de pedir sólo, como se ha dicho, repartir su precio, después de esa cancelación, matizado por la pretensión del apelante de participación conforme a las aportaciones, pero las habidas con posterioridad a la cesación de su convivencia.

XII. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIASTICAS

1. *Los Tribunales españoles son competentes para conocer de la eficacia civil de una sentencia de nulidad canónica dictada por tribunal eclesiástico extranjero.*

AP GUIPUZCOA, Sec. 2.^a, Sentencia de 25 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Blázquez Pérez.

La disposición adicional primera de la Ley 30/1981 de 7 de julio establece que los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio, cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la residencia y nacionalidad del demandado. Pero aún más, el art. 22 de la LOPJ atribuye en los supuestos en que el demandante es español y residente en España el conocimiento de sus demandas a los Tribunales españoles.

Ello unido a que las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico tendrán efica-

cia en el orden civil a solicitud de cualquiera de las partes, hace que la Sala entienda admisible el recurso de apelación interpuesto al que se adhirió el Ministerio Fiscal disponiendo dejar sin efecto el auto recurrido de 27 de junio de 1997 dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de San Sebastián y en su lugar declaramos nulo el matrimonio contraído por José María y D.^a Genevisve en virtud de la sentencia canónica de nulidad matrimonial dictada por el Tribunal de la Diócesis de Lausana, Ginebra y Friburgo con fecha 25 de agosto de 1980, confirmada por Decreto de 21 de octubre de 1980 por el Tribunal de 2.^a Instancia de la Diócesis de Sión, todo ello con sus pertinentes efectos conforme al Código Civil y anotación en el correspondiente registro.

XIII. SUSTRACCION DE MENORES

1. *Procede denegar la restitución solicitada, ya que la misma no se apoya en ninguna resolución judicial y además conllevaría un grave riesgo para la salud psicológica y el desarrollo integral del menor.*

AP MALAGA, Sec. 5.^a, Auto de 30 de noviembre de 1998.

Ponente: Ilmo Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

Alega en primer lugar el apelante que el Juzgador “a quo” ha desestimado la petición de entrega del menor a su madre porque nin-

guna autoridad judicial inglesa ha dictado acuerdo en tal sentido, que deba ejecutarse por la autoridad española en virtud de lo dis-

puesto en el Convenio internacional de 25 de octubre de 1980, que suscrito por España, tiene valor de Ley interna para el Juzgador; y que aunque ello es así, sin embargo existe la petición de la madre, que tiene su amparo en la Ley inglesa, y basta este apoyo legal, sin necesidad de acuerdo judicial o administrativo procedente del país reclamante para que deba procederse a la entrega del menor.

El Ministerio Fiscal se opone alegando que también ha de tenerse en cuenta, como aplicable el derecho español, y que fue la madre la que primero sustrajo al niño llevándose a Inglaterra desde España donde vivía, sin contar con la voluntad del padre. Que el juez competente inglés (Tribunal de Procesos Familiares de Worthing) ha rehusado pronunciarse ante la demanda que formuló la madre para que se le otorgara el derecho de custodia del menor; y que ante el conflicto de leyes internas que se suscita procede aplicar la española de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil al ser el niño de nacionalidad española y encontrarse en España. La parte apelada se adhiere, en este punto, a los argumentos del Ministerio Fiscal, alegando además que la aplicación de la Ley Inglesa que concede la custodia a la madre va contra el principio constitucional español de igualdad de sexos ante la Ley, y causaría indefensión al padre con violación del artículo 24 de la CE. Y que la propia madre reconoce que se fue de España llevándose al hijo sin conocimiento del padre.

El expuesto motivo de recurso no puede ser acogido. La parte apelante ha invocado como aplicable al caso la Ley inglesa, que, según afirma, atribuye a la madre la custodia del hijo menor; pero sin embargo no ha probado cuál es la Ley inglesa que invoca, y tratándose de derecho extranjero, corresponde a la parte que lo invoca su demostración pues no tiene el Juzgador español obligación de conocerlo. La referencia que hace el apelante, pretendiendo apoyar su tesis, a la resolución denegatoria del Tribunal de Worthing de 23 de agosto de 1994, que contiene la expresión “la madre tiene la exclusiva respon-

sabilidad paterna sobre el hijo” no puede considerarse como prueba suficiente de la legislación inglesa; y ello, porque la frase expuesta, “obiter dicta” entre una serie o relación descriptiva de la situación de hecho del menor no contiene cita legal alguna ni es lo suficientemente expresiva para dilucidar si significa que corresponde de derecho a la madre la custodia exclusiva, o bien que de hecho la madre está desempeñando la custodia con carácter exclusivo; dado el contexto en que aparece, parece más acertado interpretarla en este último sentido, que concuerda con la realidad de hecho, pues cuando se dicta la resolución la madre está sola en Inglaterra, cuidando del hijo, mientras el padre se encuentra en España.

Alega en segundo lugar el Sr. Abogado del Estado apelante que el proceso de reclamación de devolución del menor indebidamente sustraído es una especie de interdicto personal, que no tiene carácter definitivo porque no prejuzga a cuál de los padres ha de corresponder, en definitiva, la custodia del hijo, sino que pretende evitar que se consuma una situación de hecho ilegítimamente obtenida, como fue en el presente caso la retención del menor por parte de su padre, cuando la madre lo trajo a España desde Inglaterra ocasionalmente. Alega que el artículo 16 del citado Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se opone a que se consagre la situación lograda por vías de hecho, de forma que el Juez no puede pronunciarse mientras tal estado subsiste. El Ministerio Fiscal se opone alegando que fue la madre la primera que sustrajo al menor, llevándose a Worthing sin consentimiento del padre.

La tesis del apelante sobre la naturaleza del proceso no desvirtúa lo acordado en la resolución apelada que expresamente reconoce el carácter provisional de las medidas que adopta con respecto al menor, cuando acto seguido de describirlas por su orden, en su parte dispositiva añade que “Todo ello sin perjuicio de que por ambas partes puedan resolverse las medidas con el carácter de defi-

nitivas en el procedimiento declarativo correspondiente”.

Impugna finalmente, la parte apelante, la resolución de instancia alegando que el Juez ha acogido indebidamente la cláusula de exención de la obligación de devolver al menor sustraído contenida en el Convenio y ello porque de lo actuado no aparece probado que la entrega del menor a su madre pueda atentar contra su salud física, o que le ponga en grave riesgo, dado que el informe pericial en que se apoyó el Juzgador “a quo” expresa que el cambio de custodia puede ocasionar quebranto psicológico al menor, pero no grave peligro, y es de esperar que pasado un lapso de tiempo se habitúe a la compañía de su madre, y que el informe a que se refiere el artículo 13 “in fine” del Convenio no se refiere a la situación del menor en poder del progenitor que lo ha sustraído, sino a la que tendría en poder del que lo reclama, es decir, en Inglaterra, sobre cuyo punto ya obra en autos un informe favorable a la pretensión de la madre. El Ministerio Fiscal opone a estos razonamientos del apelante que el Juzgador “a quo” ha tenido en cuenta, no solo el informe pericial practicado en autos sino también lo manifestado por el menor que teme que, de vivir con su madre, le pegue el nuevo esposo de ésta como ya ha hecho, siendo de considerar que el citado menor tiene ya ocho años de edad. La parte apelada se opone también al recurso alegando

que con arreglo al artículo 13 del Convenio el Tribunal requerido puede denegar la petición de entrega cuando de ello aprecia posible peligro para el menor, y que en el presente caso, el hijo se niega a volver con su madre sufriendo crisis de angustia cuando se le plantea tal posibilidad; que hay prueba testifical de la conducta para con el menor del nuevo marido de la madre; y que el informe pericial es lo suficientemente expresivo sobre lo que es conveniente para el hijo.

El recurso tampoco puede prosperar en este punto. La parte apelante pretende imponer su propia valoración sobre los efectos que la entrega del menor a su madre pueda producirse a esta, a lo apreciado ponderadamente por el Juzgador “a quo”, que ha practicado y valorado acertadamente las pruebas propuestas, sin que de lo debatido en el recurso se aprecia que haya incurrido en error al valorar las pruebas. Y carece de virtualidad el argumento del apelante expuesto en el sentido de que el informe pericial previsto en el Convenio de La Haya hace referencia a la situación del menor en Inglaterra, y no en España, ya que lo que en definitiva interesa a la hora de decidir no es otra cosa que un estudio comparativo entre ambas situaciones o estados posibles del menor, para en su vista resolver cuál le sea más favorable, dado que el interés del menor es el criterio fundamental que rige en todas las cuestiones familiares que le afectan de un modo u otro.

XIV. TEMAS PENALES

1. *Para la comisión del delito es necesario que concurra un elemento subjetivo o dolo que permita deducir que el obligado incumple de un modo malicioso, consciente y voluntario con la obligación legal impuesta.*

AP MURCIA, Sec. 2.^a, Sentencia de 1 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando López del Amo González.

La sentencia ahora apelada por la esposa absolvió al esposo del delito de impago de pensiones del artículo 487 bis del anterior código penal, pretendiendo la recurrente que

se condene al acusado por dicho delito; el Ministerio Fiscal se ha adherido a dicho recurso.

El anterior artículo 487 bis, al igual que el actual 227 del Código Penal viene a sancionar el incumplimiento reiterado por parte del obligado que mantiene una actitud rebelde al no satisfacer la pensión establecida durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos; castiga pues la conducta omisiva del obligado al pago por una resolución firme en la que se reconozca una prestación económica en favor del cónyuge e hijos que precisan de la ayuda del que más tiene; no obstante también se exige un elemento subjetivo o dolo que permita deducir que el obligado incumple de un modo malicioso, consciente y voluntario con la obligación legal impuesta, pues si no se acredita que tiene capacidad económica para hacer frente a la misma nos encontraríamos ante un estado de necesidad que excluye la antijuridicidad; así lo entendió esta Sala al acordar el sobreseimiento en otra causa por Auto de 27 de febrero de 1998 y lo ha mantenido en la Sentencia de 26 de

mayo de 1998 al considerar que no existe dolo cuando se carece de medios.

Así pues tendremos que acudir a la prueba practicada para poder determinar si concurre en la conducta de Juan el elemento subjetivo del tipo penal consistente en la intención de no hacer frente a sus obligaciones para con la familia.

En el presente caso no consta documento alguno que permita deducir que el acusado tenía medios para hacer frente a sus obligaciones, habiendo reconocido la esposa que su marido se encuentra en paro y constando que desde que se separaron ha vivido con sus padres, razón por la cual no puede dictarse una sentencia condenatoria por el mero hecho de que el acusado haya reconocido que no ha abonado cantidad alguna en cumplimiento de la resolución dictada en vía civil, pues el mero dato objetivo del impago careciendo de medios para hacerlo no puede considerarse como elemento suficiente para dictar una sentencia condenatoria al no existir un dolo o voluntad de incumplimiento.

2. *Procede condenar por el delito de impago de pensiones al progenitor que no habiendo pagado las pensiones no acredita la concurrencia de nuevos hechos o circunstancias que no fueron tomados en consideración a la hora de fijar la cuantía de la pensión.*

AP VALENCIA, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de junio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Pilar Ruiz-Huerta Mascarell.

El artículo 227 del Código Penal protege a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, incorporando al CP una nueva modalidad del abandono de familia consistente en el impago de las prestaciones económicas establecidas por el convenio o resolución judicial en los casos de procedimientos matrimoniales. La aplicación de este precepto obliga a una referencia sucinta al

dispositivo civil. La prestación económica, en el caso que nos ocupa, viene señalada en la Sentencia de Separación, ya que el Juez estableció las medidas que debían adaptarse, entre otras la de abonar a la esposa en concepto de alimentos para la hija habida en el matrimonio, la cantidad de 30.000 pesetas mensuales, actualizables conforme a las variaciones del IPC que fije el INE u Organismo que lo sustituya. Dicha Sentencia fue confirmada en este extremo por la Audiencia

Provincial de Valencia. La construcción del tipo objetivo de este delito no ofrece dificultades; el convenio o resolución judicial en su caso, son puntos básicos; el impago o situación de descubierto completa la definición del delito. El tipo subjetivo no debe venir determinado por el simple hecho del impago, sino por la renuncia del obligado, lo cual exige una demostración cumplida de la reclamación o reclamaciones efectuadas. No es exigible una voluntad definitiva de no pagar, como es el caso, incluso basta el retraso injustificado o malicioso.

El objeto tutelado por el tipo delictivo en que se castigó el abandono de familia por impago de pensiones es la seguridad familiar, al considerarse que quien insolidariamente deja de cumplir de la manera reiterada sus deberes de asistencia económica para con los miembros de su propia familia, una vez que ésta se ha disgregado parcialmente por haber mediado una separación conyugal o la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o nulidad, los ha colocado en una situación de abandono. Dicho con otras palabras, el bien jurídico protegido con esta figura delictiva está directamente relacionado con la seguridad de los miembros de la familia económicamente más débiles, en especial los hijos, cuya situación vital, tanto en lo material como en lo psicológico, puede verse seriamente afectada, y aun gravemente deteriorada, si la persona que hasta el momento de la ruptura conyugal les asistía económicamente —ordinariamente el padre— deja de procurar su mantenimiento mediante la entrega de las cantidades dinerarias precisas para tal fin, que son las libremente convenidas por los padres en el convenio regulador de su separación o divorcio o, en su defecto, las señaladas judicialmente en la Sentencia que decretó la separación o el divorcio.

El objeto del presente Recurso de Apelación consiste en determinar si, dada la situación de ruptura matrimonial, judicialmente decretada, entre la denunciante y el acusado, y fijada una pensión mensual a cargo de éste para atender las necesidades de la hija común, el impago total de tales pensiones, rei-

terado desde la Sentencia de Separación de fecha 29 de mayo de 1995, es imputable al acusado a título de un delito de abandono de familia por impago de pensiones, sancionado en el artículo 227 del Código Penal, o si, por el contrario, es preciso determinar, antes de exigir tal responsabilidad criminal, si el acusado podía o no podía pagar realmente tales pensiones, de manera tal que solo cabría exigirle responsabilidad por el referido delito cuando se determinase con carácter previo que si el acusado no pagó fue porque, habiendo podido satisfacer las pensiones mensuales, no quiso malintencionadamente hacerlo, quedando reconducido así el juicio sobre la culpabilidad del acusado a la solución del problema acabado de plantear, que no es otro que el de determinar si concurría en aquel un estado de necesidad completo o incompleto como respectivas causas de justificación o de exculpación.

Conviene recalcar, a este respecto, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, que son elementos fundamentales de este delito:

- a) Que el sujeto agente “deba pagar” las pensiones, por venir obligado a ello en virtud de un convenio judicialmente aprobado o de una resolución judicial, en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial y, a pesar de esa obligación de Pago, la incumpla, desobedeciendo así ese mandato judicial.
- b) Que el sujeto agente “pueda pagar” tales pensiones, por tener razonables posibilidades económicas para ello.
- c) Que, pudiendo y debiendo pagar las pensiones, decida no pagarlas de manera reiterada. Con lo que es la decisión de no pagar, supuesta la obligación de pagar y la posibilidad efectiva de pagar, lo que determina la existencia del delito.

Para determinar si el acusado ha tenido posibilidad o no de pagar las pensiones mensuales debe partirse de un hecho cierto, cual es la fijación judicial del importe de las mismas y tras haber sopesado los elementos probatorios aportados por ambas partes, entre ellos los ingresos económicos que cada uno de ellos posee, las atenciones que precisa la

hija común, cualesquiera otros gastos ineludibles que cada uno de ellos pueda tener, etc. Como sea que para fijar el importe de esas pensiones el juzgador ha atendido a las variadas circunstancias personales y económicas de cada una de las dos partes implicadas y de la hija común, hay que presumir que, al haberse constatado judicialmente que el obligado al pago tiene posibilidad real de pagarlas, no existe razón ninguna para dejar de satisfacerlas puntualmente cada mes, a menos que se acredite alguna razón justificativa del impago, por lo que sobre el obligado al pago recae la carga probatoria de acreditar la razón que imposibilita el abono de las pensiones mensuales.

La prueba de la imposibilidad de pagar las pensiones mensuales puede realizarse o bien de manera inmediata, recurriendo la resolución judicial en la que se ha fijado el importe de las pensiones mensuales a través de los recursos ordinarios —recurso de apelación—, o bien mediatamente, tratando de modificar “a posteriori” —mediante un incidente de modificación de medidas— el montante de las expresadas pensiones mensuales por la aparición de nuevos hechos o circunstancias que no fueron tomadas en consideración al fijar el importe de las pensiones, o bien muy posteriormente, durante la sustanciación del proceso penal por un delito de abandono de familia por impago de pensiones, en cuyo seno cabe acreditar la concurrencia de nuevos hechos o circunstancias justificativos del impago de las pensiones, que suelen ser de aparición posterior al momento en que fueron judicialmente decretadas, lo que en el hecho enjuiciado no ha sucedido.

En suma, si el obligado al pago no ha actuado así, o si la prueba por él practicada no ha justificado suficientemente la razón del impago, se confirma la presunción de que el mismo puede pagar las pensiones fijadas judicialmente en la Sentencia de Separación, con lo que habrá quedado afirmada la perpe-

tración del delito de referencia. En este sentido se han manifestado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, números 208/1993, de 16 de julio, y 371/1994, de 24 de octubre. Así pues, si se parte de la presunción de la no variación ulterior de las circunstancias concurrentes al tiempo de la fijación judicial del importe de las pensiones mensuales, a menos que por el obligado al pago se aporte alguna prueba justificativa del reiterado impago de tales pensiones por la aparición de nuevos hechos o circunstancias, puede decirse que en el caso presente no ha sido realizada dicha actividad probatoria que pudiera cuestionar la responsabilidad que se le imputa.

A esta conclusión es a la que llegamos, al igual que el Juez “a quo” si se tiene presente la prueba practicada y valorada, en su conjunto:

- a) Desde el año 1995, fecha en que fue decretada la separación judicial del matrimonio y en consecuencia la obligación de pago de la pensión, el acusado “no ha pagado nunca”, tal y como él mismo manifiesta en el acto del juicio oral (folio 157, vuelto).
- b) Asimismo, también consta acreditada la existencia de ingresos suficientes para hacer frente a dicha obligación, ya que ha cobrado cantidades diferentes, tales como subsidio de desempleo.
- c) Es propietario de un vehículo.
- d) Tiene una actividad conocida de lectura de manos que genera constantes ingresos, si bien al ser una actividad que no es declarada oficialmente, no implica la inexistencia de los mismos.
- e) Todo lo anterior, hay que sumarlo al hecho de la venta que realizó de un inmueble de su propiedad, en fecha 29 de noviembre de 1994, por la que percibió 3.600.000 pesetas, según consta en la escritura obrante al folio 141. Consecuentemente, este Tribunal llega a la convicción de que el acusado tenía y tiene disponibilidad más que suficiente para hacer frente a las obligaciones con su hija.

3. *No es procedente exigir la previa ejecución civil sin éxito como condición de perseguibilidad o de punibilidad del delito de impago de pensiones, ya que no es un requisito que se establezca en la Ley.*

AP ASTURIAS, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Bernardo Donapetry Camacho.

Procede estimar el recurso interpuesto por cuanto los hechos relatados como probados por el Juez “a quo” —relato del que se ha suprimido su inciso final por improcedente, pues se refiere a hechos no probados, y por erróneo, pues consta a los folios 98, 99, 100 y 101 que el Juzgado civil que decretó el divorcio sí practicó gestiones en orden a conseguir la ejecución forzosa de la pensión alimenticia a cargo de acusado y a favor de sus hijos— son constitutivos del delito de abandono de familia previsto y penado en el art. 227 del Código Penal.

Es cierto que la jurisdicción penal no es el brazo ejecutor de lo resuelto en vía civil, pues es función y deber de los Jueces civiles no sólo juzgar sino también hacer ejecutar lo por ellos juzgado, con competencia para todas sus incidencias (artículos 117 apartado 3 y 118 de la Constitución, 2, 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es cierto que el delito de que hablamos es un delito doloso, que no puede cometerse por descuido sino que exige una voluntad deliberada de no cumplir con esa obligación familiar que se conoce perfectamente (así lo estableció la jurisprudencia a propósito del artículo 487 bis del Código Penal de 1973, y así resulta remarcado por los artículos 12 y 227 del Código Penal de 1995), y es lógico que para probar ese dolo, ese conocimiento y voluntad consciente y rebelde al cumplimiento de la obligación familiar, y a falta de pruebas directas de ello (confesión del acusado, documental), sea conveniente hacer en vía civil un requerimiento previo al acusado y/o algunas diligencias de ejecución forzosa que eviten ale-

gatos de desconocimiento o de descuido por parte del acusado, aunque sin excluir otros medios probatorios, es cierto que el artículo 228 del Código penal de 1995 exige para la persecución de este delito previa denuncia de la persona agraviada (o su representante legal o el Ministerio Fiscal, en su caso), pero todo ello no es lo mismo que exigir —como hace el Juez “a quo”— la previa ejecución civil sin éxito como condición de perseguibilidad o de punibilidad de esta figura delictiva, requisito que no establece la Ley (ni, por supuesto, la jurisprudencia) y por ello no es dable exigir sin infringir el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva de los ofendidos o perjudicados (en este caso, el cónyuge o/y los hijos del acusado en cuyo favor se estableció la pensión incumplida). El acusado no pagó, según reconoció, de esa pensión ni una sola peseta desde octubre de 1996, y ello pese a que tuvo capacidad económica para ello al menos cuando, como también reconoció y está constatado por documental, percibió una indemnización por despido —de lo que nada dio para sus hijos a su ex-esposa— y durante el tiempo en que percibió prestaciones por desempleo por importe de 125.136 pesetas mensuales (folio 29) y durante el tiempo en que tuvo medios para pagar un alquiler mensual de 74.000 pesetas, según sus propias manifestaciones, y ello pese a que esa pensión la pacto él voluntariamente con su ex-esposa en el convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, y ello pese a tener evidentemente conocimiento del deber de cumplir esa obligación suya, pues la cumplió durante algún tiempo (según la denunciante, folios 1

y 68, y según la documental del folio 4, hasta septiembre de 1996 inclusive, de ahí la corrección hecha en el relato de hechos probados), y ello pese a que se practicaron en vía civil —sin éxito— diligencias varias en orden al cumplimiento forzoso de esa obligación, por lo que es claro que si no cumplió la referida obligación, pudiendo y debiendo, fue con conciencia y voluntad en ello, con dolo, sin que sea óbice el hecho, acreditado por el certificado del folio 97, de que el acusado solicitase precisamente en octubre de 1996 y ante el mismo Juzgado que decretó el divorcio la modificación de las medidas acordadas al decretarlo, pues en tal solicitud

—de la que obra copia parcial al folio 78— el acusado ofreció pagar la cantidad de 10.000 pesetas mensuales, lo que evidencia que al menos esa cantidad sí podía pagar (quedando el resto a expensas de lo que se resolviese), pero lo cierto es que ni esa misma cantidad pagó, evidenciando así su intención dolosa, y sin que tampoco sea óbice el hecho (alegado, aunque no probado) de que el acusado haya contraído posteriormente nuevo matrimonio, pues antes de crearse nuevas obligaciones familiares ya tenía otras de la misma naturaleza, anteriores en el tiempo y declaradas por sentencia firme.

INSTRUCCIONES Y RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N

I. INSTRUCCIONES

INSTRUCCION de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1999).

La adopción da lugar en el Registro Civil español a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del adoptado (cfr. artículo 46 de la Ley del Registro Civil). Ello supone que en el mismo folio registral aparece reflejada la filiación anterior, o la ausencia de filiación del adoptado —que normalmente carecerá ya de relevancia jurídica— y la nueva filiación adoptiva destinada a desplegar la plenitud de efectos. Obviamente esta superposición de filiaciones puede dar origen a molestas confusiones y a que irregularmente se dé publicidad a través de una certificación literal a datos que afectan a la intimidad familiar.

Estos inconvenientes desaparecerían en gran parte si la filiación adoptiva fuera objeto de una inscripción principal de nacimiento que reflejará sólo los datos sobrevenidos por la adopción, con referencia a la inscripción previa de nacimiento y adopción en la que se comprende todo el historial jurídico del adoptado.

Si en una Resolución de la Dirección General de los Registros puede ordenarse, para mayor claridad, que se extienda un nuevo asiento que recoja los datos rectificadas y la cancelación del antiguo asiento (cfr. artículo 307.1, del Reglamento del Registro Civil), también ha de ser posible, concurriendo las mismas razones de claridad, junto a otras de mayor entidad como la de evitar la publicidad irregular de las adopciones, que este centro directivo ordene con carácter general que se emplee análogo sistema para determinadas adopciones, si se dan circunstancias que lo permitan.

En su virtud, esta Dirección General, en uso de las facultades que tiene conferidas, ha acordado las siguientes reglas:

Primera.—Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que cons-

tarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

Segunda.—En la nueva inscripción se hará referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente, a los datos registrales de la inscripción anterior (libro número, folio número, página número), la cual será cancelada formalmente.

Tercera.—De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales en favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento.

Cuarta.—La publicidad del asiento anterior cancelado quedará limitada a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el último párrafo del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil.

Quinta.—A solicitud de los adoptantes, y respecto de las inscripciones ya practicadas, se procederá conforme a las reglas anteriores.

II. RESOLUCIONES

1. FILIACION

1.1. *El posterior reconocimiento de la filiación paterna no matrimonial no surte ningún efecto frente a la filiación adoptiva.*

RESOLUCION de 13 de marzo de 1998.

ANALISIS DEL CASO

- J.A.M. nació el día 9 de marzo de 1966 en la localidad francesa de L.; que en su inscripción de nacimiento sólo consta la filiación materna no matrimonial de la misma, como hija de A.M.C., soltera. Mediante escritura pública de fecha 18 de mayo de 1979 D.^a J.A.M. fue adoptada por don E.A. (nacionalidad canadiense). Los adoptantes contrajeron matrimonio canónico en el día 29 de agosto de 1978.
- El día 10 de enero de 1997 comparecieron ante el Encargado del Registro Civil D. J.B.B. y D.^a J.A.M manifestando que: D. J.B.B. reconoce expresa-

mente y a todos los efectos a la señora J.A.M. como hija no matrimonial suya, reconocimiento expresamente consentido por ésta, solicitando ambos en méritos de ello que la reconocida pueda ostentar en lo sucesivo los apellidos B.M., instando también el correspondiente reflejo registral del reconocimiento actuado frente al Registro Civil Central.

- El Juez Encargado del Registro Civil Central acordó, con invocación de lo prevenido en el artículo 180 del Código Civil, así como de la doctrina contenida en las resoluciones de la Dirección General de fechas 17 de julio de 1991 y 28 de septiembre de 1995, que el reconocimiento efectuado por aquél y por ésta consentido no tiene efecto alguno sobre la filiación adoptiva ya inscrita, siendo por ello que no puede alterarse el primer apellido de la reconocida por el apellido de su padre biológico, significando que, pese a que no exista inconveniente ninguno para que inscrita una filiación adoptiva, la cual subsiste con los efectos que le son propios, pueda posteriormente acceder al Registro Civil la filiación por naturaleza, ésta no comporta efecto alguno respecto de aquel apellido, al permanecer incólume la repetida filiación adoptiva.
- D.^a J.A.M. interpuso recurso ante la DGRN alegando que: el decidir sobre los apellidos es una cuestión personalísima que no debe verse afectada más que por lo que sea decidido personalmente por ella; que cuando fue adoptada era menor de edad y sin relación alguna con su padre natural, con el cual sólo se relacionó posteriormente; que, pese a lo prevenido por el artículo 180 del Código Civil, es lo cierto que el apellido que pretende le pertenece legítimamente; y que por lo anterior y porque el actual primer apellido que ahora ostenta le causa graves molestias por la dificultad de consignar el mismo correctamente, reitera la solicitud deducida. El recurso fue desestimado.

RESOLUCION DE LA DGRN

Inscrito el nacimiento de una niña como hija no matrimonial de su madre soltera en 1966, más tarde en 1979 se inscribe la escritura pública por la que el marido de la madre adopta en forma plena a la nacida, y es ahora cuando en 1997 el padre biológico reconoce la filiación no matrimonial paterna de dicha persona por comparecencia ante el Encargado, prestando a este reconocimiento su consentimiento expreso la reconocida mayor de edad (cfr. artículos 120.1.º y 123 CC).

Sobre esta base la única cuestión que ha de examinarse es si la inscripción de este reconocimiento lleva consigo un automático cambio de apellidos (cfr. artículo 197 RRC), de modo que consten los correspondientes apellidos paterno y materno por naturaleza.

No hay ningún inconveniente legal para que, después de constituida e inscrita una adopción plena que subsiste con los efectos que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, atribuye a la única adopción que regula, la

filiación por naturaleza del adoptado tenga acceso al Registro Civil, puesto que la adopción queda incólume y el propio asiento habrá de reflejar que la adopción no se ve afectada (cfr. artículo 180.4 CC), de modo que no hay incompatibilidad entre la filiación paterna adoptiva y la paterna por naturaleza y no entran en juego ni el artículo 50 de la Ley del Registro Civil ni el artículo 113.II del Código Civil.

Ahora bien, puesto que pese a la inscripción del reconocimiento paterno la adopción

no queda afectada es evidente que los efectos de ésta subsisten, entre ellos, la atribución de los apellidos del adoptante, de suerte que en este caso la determinación ulterior de la filiación paterna por naturaleza no supone una modificación directa de los apellidos anteriores. No es, por otra parte, este el momento de decidir, pues falta la instrucción del necesario expediente (cfr. artículo 365 RRC), si concurren los requisitos precisos para un cambio de apellidos de la competencia de este Ministerio (cfr. artículos 57 LRC y 205 y 207 RRC).

1.2. *Si la madre es casada y el nacimiento del menor ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, aun cuando otro varón quiera reconocer su paternidad.*

RESOLUCION de 7 de mayo de 1998.

ANALISIS DEL CASO

- El 16 de septiembre de 1997, D. F.M.Z., soltero, y D.^a R.T.J., casada, promovieron la inscripción fuera de plazo del nacimiento de un menor, nacido en el día 14 de octubre de 1996. La compareciente manifestaba que su esposo es J.M.P. que estaba en trámites de separación legal y que está separada de hecho de su esposo desde mayo de 1996
- Citado de comparecencia D. J.M.P., manifestó que su esposa se marchó de casa en mayo de 1996 estando ya embarazada y que no sabe si el niño es o no hijo suyo, estando dispuesto a someterse a pruebas médicas para obrar en consecuencia. Por su parte los promotores se ratificaron en su escrito inicial. Acompañaron las certificaciones literales de nacimiento de ambos promotores, así como la también literal del matrimonio de ella, y la negativa del nacimiento que se intenta inscribir.
- El Ministerio Fiscal indicó en su informe que, como el alumbramiento había acaecido cuando aún no habían pasado trescientos días desde la separa-

ción de hecho de los esposos, el hijo debía inscribirse como matrimonial (artículo 116 CC), sin perjuicio de la posterior acción judicial de impugnación. Este fue el mismo criterio del Auto dictado el 25 de noviembre de 1997 por el Juez Encargado del Registro Civil.

- Los promotores recurrieron ante la DGRN, insistiendo en que el niño es hijo de ambos y que debía tener de primer apellido M. El recurso fue desestimado dejando a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial y la reclamación de la no matrimonial por los legitimados al efecto.

RESOLUCION DE LA DGRN

La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. artículo 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. artículos 1250 y 1251 CC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (cfr. artículos 113 CC y 2 LRC), porque la caracterización de la filiación depende de la Ley y está sustraída a la autonomía de la voluntad de los particulares.

Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo a partir de la de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir la filiación matrimonial que se compruebe, además la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva re-

dacción dada al artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa este artículo, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

Puesto que en este caso, según las manifestaciones concordes de ambos cónyuges, la separación de hecho se remonta al mes de mayo de 1996 y el nacimiento acaeció el mes de octubre del mismo año, es evidente que no ha transcurrido entre ambas fechas el plazo de trescientos días del artículo 116 del Código Civil, cuya presunción está reforzada por la de convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del propio Código. La simple oposición de la madre y del varón que ha reconocido la filiación no matrimonial a la inscripción de la paternidad del marido no tiene valor en el ámbito registral y habrá de hacerse valer en la vía judicial oportuna.

Finalmente, la inscripción de la filiación matrimonial obliga a no guardar silencio sobre los datos del marido: la filiación matrimonial es indivisible y es forzoso mencionar los datos de éste (cfr. artículos 115.2.º CC y 183.II, RRC).

2. MATRIMONIO

2.1. *No procede autorizar el matrimonio civil cuando los contrayentes no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para una persona de nacionalidad extranjera.*

RESOLUCION de 6 de mayo de 1998.

ANALISIS DEL CASO

- D. Ahmed, soltero, marroquí, y D.^a Ana Belén, soltera, española, ambos vecinos de Leganés, promovieron en el 17 de noviembre de 1997 expediente para contraer matrimonio civil. En la Audiencia reservada, él declaró que sale con ella desde las Navidades de 1995 y quieren vivir juntos, aunque reconoce que ha influido en la decisión de contraer matrimonio el hecho de no tener él residencia legal en España. Por su parte la contrayente declaró que quieren casarse, que llevan casi dos años saliendo juntos y reconoció que, si Ahmed tuviera en regla los papeles, no contraería matrimonio.
- Interesado por el Ministerio Fiscal, el Médico Forense reconoció a la interesada para dictaminar si tiene capacidad para consentir libre y conscientemente el matrimonio. En este dictamen el Médico Forense concluye que el consentimiento está viciado, deduciéndolo así de su inmadurez, de su desconocimiento del matrimonio y de sus obligaciones y de la interferencia volitiva de la voluntad de él hasta el punto de que todas sus decisiones dependen del contrayente.
- La Juez Encargada dictó Auto con fecha 29 de diciembre de 1997 denegando la autorización del matrimonio proyectado, aduciendo fundamentalmente que ella solo desea contraer matrimonio por la situación ilegal en España de él.
- D. Ahmed y D.^a Ana Belén recurrieron, siendo desestimado por la DGRN.

RESOLUCION DE LA DGRN

Trámite fundamental en el expediente previo para la celebración del matrimonio civil es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impe-

dimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr., artículo 246 RRC y norma 3.^a de la Instrucción de 9 de enero de 1995).

La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículo 45 y 73.1.º CC).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante

un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 1253 CC).

En el caso actual, aparte de otras circunstancias, de la audiencia personal y reservada de la contrayente española resulta comprobado que la misma ha declarado que la razón del matrimonio con un marroquí es que éste no tiene residencia legal en España, hasta el punto de que, si este “tuviera en regla los papeles en España, no contraería matrimonio”. Esta declaración lleva a la deducción de la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial en la contrayente. Siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediación, las personas que han presenciado las manifestaciones de la interesada son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en Santo Domingo entre español y dominicana al ser calificado como un matrimonio de complacencia

2.2. Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en Santo Domingo entre español y dominicana al ser calificado como matrimonio de complacencia.

RESOLUCION de 22 de junio de 1998.

ANALISIS DEL CASO

- D. Emilio de estado soltero y de nacionalidad española contrajo matrimonio en Santo Domingo el día 1 de noviembre de 1997 con D.^a Brígida, de estado soltera y de nacionalidad dominicana.
- Con fecha 27 de noviembre de 1997 se practicó en el Consulado General de España el trámite de audiencia reservada de la promotora, dando, entre otras, las siguientes respuestas a las preguntas formuladas: que se conocen, más o menos, desde diciembre de 1993; que se conocieron en Madrid en una discoteca; que han convivido desde el 24 de octubre de 1997 al 12 de noviembre de 1997, pues en Madrid vivían separados, ella con su madre; que en Madrid permaneció año y medio; que tiene tres hijos de seis, cuatro

y tres años; que su madre la mantiene económicamente; que no se acuerda dónde nació su esposo, y que no le da miedo casarse con una persona que prácticamente no conoce; porque realmente lo conoció ese año y medio, aunque luego tuvo su tercer hijo con el padre de los otros dos; entre 1994 y 1997 tuvo contacto con el español por teléfono.

- Interesado por el Cónsul General de España en Santo Domingo se tomó declaración en el Registro Civil de Torrejón de Ardoz al interesado, el cual manifestó, entre otras respuestas, lo siguiente: que ella nació en Sabica de Mendoza y que desconoce la fecha de su nacimiento; que se casó en Santo Domingo el 2 de octubre de 1997; que se conocen desde 1993 cuando se la presentaron en una discoteca; que ella tiene tres hijos de cuatro, tres y un año; que sólo ha viajado a Santo Domingo una vez el 20 de octubre de 1997; que ella estuvo en España entre 1991 y 1994 sin tarjeta de residencia, y que más o menos sabe los derechos y obligaciones que conlleva el matrimonio.
- Con fecha 6 de marzo de 1998 el Cónsul General de España en Santo Domingo denegó la inscripción solicitada por considerar que no existía verdadero consentimiento matrimonial, como lo denotan entre otros datos la falta de convivencia y el desconocimiento mutuo, tratándose de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.
- Notificado el acuerdo a los interesados, recurrió don Emilio ante la Dirección General por medio de un escrito en el que alega que desde septiembre de 1992 hasta finales de 1994, él y su esposa convivieron en el domicilio anterior de él, sito en Torrejón de Ardoz, calle Atenas. Dice que lo prueba por medio de una certificación del padrón municipal que acompaña en la que consta que con D. Emilio convivía el menor Víctor, de cinco años de edad y con la cartilla de la Seguridad Social de 1995 a favor de Eufemia (madre de D.^a Brígida), en la que consta como familia su actual esposa D.^a Brígida.
- En la tramitación del recurso el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal se opuso a la inscripción poniendo de relieve que los interesados no se habían visto durante más de tres años. El Cónsul General de España en Santo Domingo se ratificó en la denegación, señalando, aparte de otras contradicciones que resultan de las declaraciones de uno y de otra, que hay que destacar que en España vivían separados, pues la interesada vivía con su madre que es quien la sigue manteniendo.

RESOLUCION DE LA DGRN

El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 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 de 9 de enero de 1995 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 contratante (cfr. art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 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. art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (art. 256.3.º 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, de-

biendo 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 (cfr. art. 1253 CC) que el matrimonio es nulo por simulación.

En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en la República Dominicana el 1 de noviembre de 1997 entre un español y una dominicana y en él hay los siguientes hechos objetivos comprobados: aunque se conocieron en España en 1993, su relación se rompió totalmente durante más de tres años hasta el punto de que ella tuvo en este tiempo un tercer hijo con el padre de sus dos primeros hijos; aunque él lo contradice ella asegura que en Madrid vivieron separados; él desconoce el lugar y fecha de nacimiento de ella, así como la fecha exacta del matrimonio; él viaja por primera vez a la República Dominicana y se casa a los pocos días de llegar; no hay prueba alguna de que él haya sostenido económicamente a ella.

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 (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su inmediatez a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto a 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. art. 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.

3. VIVIENDA

3.1. *No procede la inscripción del mandamiento judicial en el que consta la atribución del uso del domicilio familiar a favor de la esposa, ya que el inmueble figura inscrito a nombre de terceras personas que no fueron parte en el procedimiento.*

RESOLUCION de 25 de junio de 1998.

ANALISIS DEL CASO

- En autos de juicio de separación conyugal seguidos entre D. Ramón y D.^a Rita, entre otras medidas se adjudicó el uso del domicilio familiar a la esposa. En trámites de ejecución de sentencia, se libró mandamiento judicial para la anotación preventiva de dicho uso.
- El Registro de la Propiedad de Barcelona denegó la inscripción en base a que el inmueble figuraba inscrito a favor de D. Juan y D.^a Marcelina, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal. No resulta de la documentación presentada que dichos titulares sean parte del proceso ni siquiera que el mismo les haya sido notificado.
- D.^a Rita interpuso recurso gubernativo contra la referida nota, siendo estimado por el auto del TSJ de Cataluña.
- La Registradora interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado por la misma.

RECURSO ANTE EL TSJ DE CATALUÑA

1. Alegaciones de la recurrente.

La atribución del uso y disfrute a favor de D.^a Rita procede desde la resolución del recurso de apelación, habiéndose atribuido tanto en las medidas provisionales como por la sentencia de instancia el uso y disfrute a favor del esposo D. Ramón. Que habiéndose

dictado la resolución en el proceso de separación, no pueden ser parte los titulares registrales, padres de D. Ramón. Que si bien no ha habido consentimiento de los actuales titulares, sí ha habido conocimiento desde el inicio del procedimiento, así como posteriormente tras la atribución del uso y disfrute a la nuera y a su hijo, tal como es de ver en el

requerimiento notarial realizado, como en el escrito presentado ante el Juzgado resolutor en primera instancia, actos que subsanarían de cualquier modo la falta de notificación. Que el título que la Registradora deniega la inscripción resulta inscribible a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Que hay que considerar lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992.

La vivienda habitual que constituyó el domicilio familiar, lo fue con consentimiento de los titulares registrales. Es al momento presente, tras la atribución del uso y disfrute de la vivienda al menor y a la madre, cuando los titulares registrales manifiestan la falta de consentimiento en la ocupación. Que la atribución no puede ser efectiva sin su constancia registral. Que tampoco resultará protegido con la denegación de la inscripción de aquella atribución acordada por la Sala el interés de terceros posibles adquirentes, atendiendo contra el esencial principio de la publicidad registral, cual es la protección del tráfico jurídico en las transacciones inmobiliarias.

2. Alegaciones de la Registradora de la Propiedad.

La nota de calificación recurrida se basó única y exclusivamente en los siguientes documentos:

a) Mandamiento expedido por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Barcelona, el 29 de marzo de 1993. Certificado literal de la Secretaría del Juzgado de 23 de abril de 1993 de la providencia de igual fecha que el mandamiento en la que se acordaba su expedición.

b) Testimonio expedido el 5 de abril de 1993 por la Secretaría del Juzgado de la Sentencia dictada el día 17 de febrero de 1993 por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Que el mandamiento antes referido es la única referencia del titular registral que se

contiene en la documentación calificada, pues del mismo resulta que el domicilio conyugal cuyo uso se atribuye es propiedad de D. Juan, y tampoco es exacta, dado que la finca consta inscrita a favor de D. Juan y D.^a Marcelina, conjuntamente, y para su sociedad conyugal, todo ello considerando que la finca a que se refiere el mandamiento es la registral 21.679, ya que el primer defecto de la nota no ha sido recurrido. Que nunca han sido presentados para calificar los demás documentos que el recurrente aporta para fundamentar su pretensión, y en relación a ellos hay que tener en cuenta el artículo 117 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 10 de abril de 1987, entre otras. Que en la calificación sólo se tuvo en cuenta el título formal, es decir, los documentos presentados y su conexión con los asientos registrales, lo que encaja plenamente en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Que la sentencia del Tribunal Superior de 11 de diciembre de 1992, alegada por el recurrente, sirve de apoyo a lo expresado. Que entre las reglas del derecho hipotecario a que se refiere dicha sentencia se encuentran los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, que consagran los principios de tracto sucesivo y legitimación. De acuerdo con estos principios, para que el documento sea inscribible es preciso que sea otorgado por quien figure como titular registral o, en su defecto, resolución judicial que supla el consentimiento de dicho titular; en este último caso es necesario que la demanda se dirija contra todos aquellos a quienes el asiento de que se trate otorgue algún derecho. Que, en definitiva, los dos principios hipotecarios referidos determinan la aplicación en el ámbito registral del artículo 24 de la Constitución española. Que en apoyo de lo que se ha expuesto cabe citar las Resoluciones de 11 y 19 de enero de 1993. Que se mantiene la calificación negativa a la inscripción ordenada.

3. Informes del Magistrado-Juez y del Ministerio Fiscal

El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14, de los de Barce-

lona, informó: En escrito de ejecución presentado por la representación de la esposa de fecha 24 de marzo de 1993, se solicitó se remitiera mandamiento al Registro de la Propiedad, a fin de anotar el uso de dicho domicilio e interesando el lanzamiento del mismo de D. Juan. Que por auto de 20 de mayo de 1993, se acuerda la ejecución de la sentencia de 17 de febrero de 1993 dictada en segunda instancia, solicitada por la representación de D.^a Rita, no siendo posible ejecutarlo en cuanto al lanzamiento de D. Ramón, de la que fuera vivienda conyugal al haber reintegrado el mismo la posesión de la finca al propietario (tercero que no fue parte en este proceso), siendo apelado dicho auto por la representación de D.^a Rita, encontrándose pendiente de resolución ante la Audiencia Provincial.

El Ministerio Fiscal informó: Que es llano que el derecho de uso y disfrute de uno de los cónyuges de una vivienda familiar es inscribible en el Registro y desde ese momento

surte efectos “erga omnes”, inclusive, como ocurre en el presente caso, cuando titular registral y titular del uso sean personas distintas, pues así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero tampoco ofrece duda que no pueden ser desconocidos los principios registrales que inspiran la legislación hipotecaria, entre ellos, el tracto sucesivo. Que al no haber sido partes en el pleito civil de separación los propietarios registrales, que eran los padres de uno de los cónyuges, surge el obstáculo registral que con apoyatura del artículo 100 del Reglamento impide la inscripción. Debiéndose, por tanto, desestimar el recurso gubernativo.

4. Resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El auto presidencial revocó la nota de la Registradora.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones de la Registradora recurrente.

La Registradora apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: a) Que en el auto recurrido se han tenido en cuenta documentos no presentados a calificación en contra del artículo 117 del Reglamento Hipotecario. b) La única causa de denegación del asiento ordenado fueron los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, en ningún caso la posible apelación del Auto de fecha 20 de mayo de 1993, dado que no resulta de la documentación presentada.

2. Resolución de la DGRN.

Habiéndose presentado en el Registro de la Propiedad mandamiento ordenando la anotación de uso y disfrute de vivienda familiar, junto con certificación literal de la pro-

videncia acordando su expedición y testimonio de la sentencia firme atribuyendo tal uso y disfrute en juicio de separación a una determinada persona —en este caso la esposa—, la Registradora deniega la pretendida anotación por aparecer la vivienda en cuestión inscrita a favor de personas distintas que no fueron parte en el procedimiento ni aparecen como tales demandados en el mismo.

Ciertamente, las exigencias del tracto sucesivo determinan la confirmación de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales; si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no lo es menos que el

principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido de manera alguna, consideración ésta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedi-

miento del que dimana; de ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con estos preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan de registro.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que no pueden ser considerados en el recurso gubernativo los documentos que el Registrador no ha tenido a la vista a la hora de extender la nota de calificación impugnada (artículo 117 del Reglamento Hipotecario).

4. REGIMENES ECONOMICOS MATRIMONIALES

4.1. *No procede inscribir como privativo un inmueble adquirido constante el matrimonio por el solo hecho de que se acredite que el adquirente enajenó tiempo atrás un bien privativo.*

RESOLUCION de 21 de mayo de 1998

ANALISIS DEL CASO

- El 2 de febrero de 1994 don José Luis, casado con doña Maren, adquirió por compra a don José Manuel una vivienda situada en Marbella otorgándose la correspondiente escritura pública. En dicha escritura, el comprador manifestó que: “Por pago de dicho precio ha aplicado al contado y aplicará al pago del préstamo el total producto de la venta por ocho millones de pesetas de la mitad indivisa que le pertenecía del piso primero letra ... de la casa número ... de la calle ... de Madrid, vendido a don Francisco José y su esposa doña María del Carmen en escritura pública de fecha 8 de julio de 1992, y cuya participación indivisa del piso citado le pertenecía por herencia de sus padres don José y doña Concepción, adjudicación que se realizó en escritura el día 2 de octubre de 1989.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1, la misma fue inscrita y despachada del modo que resulta de la siguiente nota: “Inscrito el precedente documento al tomo ... del archivo general. La inscripción se practica a favor de don José Luis con carácter presuntivamente ganancial por no justificarse que el precio de la adquisición que se verifica tenga el carácter de privativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario”.

- El Notario que autorizó la escritura de compraventa recurrió en vía gubernativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, siendo desestimado el mismo.
- El Notario recurrió ante la DGRN, que desestimó el recurso y confirmó la nota del Registrador y del auto apelado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE ANDALUCIA.

1. Alegaciones del recurrente.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en base a las siguientes alegaciones:

a) El dinero, entendiéndose por tal la moneda y sus signos representativos, se considera bien fungible salvo cuando la indivisibilidad física de una moneda metálica (o varias) o de un billete de banco (o varios) son objeto de derecho o de negocio. El interesado no había conservado de manera separada, en bolsa o envuelta señalada, ni tampoco en depósito o cuenta determinada y debidamente individualizada, señalando su procedencia y su carácter así como su cuantía, el precio recibido por la venta. Como equivalente a dicha circunstancia de conservación, me requirió a mí, el Notario, a fin de que oficiase al Notario autorizante de la venta del bien privativo anteriormente heredado para que en la escritura matriz de la venta otorgada por el interesado “quede constancia de la aplicación del total precio que recibió en el pago de la compra realizada en la presente”, esto es, en la escritura de compra calificada.

b) En la primera copia calificada con la nota que recorro aparecen dos diligencias de las que resulta:

— Que en la matriz de la escritura de venta, en la que el interesado obtuvo el dine-

ro reinvertido en la compra calificada, se ha tomado nota del oficio remitido por mí (conforme se me requirió) “por el que comunicaba la reinversión realizada por el interesado en la compra otorgada bajo mi fe con el importe del dinero privativo que recibió por la venta que realizó en la escritura de venta referida”.

— Que remití el oficio en base a copia librada para el interesado por el titular del protocolo del año 92 del señor Madridejos.

— Que en la copia librada como primera para el interesado hacía constar el Notario titular del protocolo del Sr. Madridejos como en su matriz obraba nota del oficio comunicando la reinversión del precio, de lo cual yo había extendido testimonio.

— Como es de ver en la copia calificada en su matriz (la de compra) quedaba extendida diligencia según la cual: a) En la matriz de la venta quedaba constancia de la reinversión realizada por el interesado en la compra (con lo que quedaba impedida toda posibilidad de dualidad o repetición de la reinversión y del consiguiente perjuicio a la sociedad de gananciales o al cónyuge). b) En la primera copia de la renta expedida por el interesado constaba la reinversión del producto de la anterior venta para el pago del precio de la compra. c) En la matriz de la compra constaba la nota de reinversión que ya se había extendido en la matriz de la venta (con lo que se cierra el ciclo y resulta irrevocable la declaración de reinversión, al quedar acreditada o probada por documento auténtico o fehaciente).

c) Según los artículos 1346.3.^º y 1336 del Código Civil son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; y en caso de adquisición por precio aplazado es determinante del carácter privativo el primer desembolso de manera que si éste es privativo corresponde este carácter privativo al bien adquirido. Del artículo 1346.3.^º resulta la admisión tanto de la subrogación real inmediata (sustitución de un bien por otro de manera que no se produzca solución de continuidad entre la enajenación del privativo anterior y la adquisición del privativo subrogado en su lugar) como de la subrogación real mediata (cuando se produce una solución de continuidad entre la enajenación de un bien privativo y la adquisición de otro que ocupe su lugar). En este último caso la adquisición se hace a costa de los bienes privativos y no por sustitución inmediata de uno por otro.

d) La subrogación real mediata tiene su razón de ser en la fungibilidad del dinero de la que se sigue su confundibilidad; esto es la dificultad de separar o distinguir unas monedas de otras y de sustraer una suma o masa de dinero confundida en la masa monetaria de los cónyuges de la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 1361 del Código Civil. Por ello, si la subrogación real sólo se admitiese en su variante “inmediata” se limitaría excesiva e injustamente la posibilidad del resultado subrogatorio que solamente podría obtenerse, o bien simultaneando la enajenación y la adquisición subrogatoria, o bien manteniendo separado e individualizando el dinero obtenido por la enajenación hasta la adquisición en términos tales que impidan que le sea aplicable la presunción de ganancialidad. De ahí que se admita la subrogación real en su variante “mediata”; esto es, mediante prueba del origen de la suma de dinero empleada y de que el empleo del dinero se realiza “a costa de bienes privativos”, esto es, a costa de la masa patrimonial de carácter privativo. Esta prueba no es una prueba directa de “identidad” de la moneda o del signo representativo del dinero —

como cheques o letras de cambio (sería caso de subrogación inmediata o de sustitución)— sino una prueba circunstanciada de que la suma de dinero empleada es privativa y de que su empleo se realiza a costa de los bienes privativos; o sea, del patrimonio privativo del adquirente.

e) Es bien cierto que la prueba circunstanciada del carácter privativo de la suma de dinero puede resultar de la confesión del cónyuge del interesado en la adquisición privativa. Es igualmente cierto que la prueba documental de que la adquisición se realiza “a costa” del caudal privativo puede ir acompañada del convenio entre los cónyuges. Nos interesa en este recurso el caso en el cual es el propio interesado quien unipersonal y unilateralmente prueba de modo auténtico o fehaciente que la adquisición la realiza a costa de su caudal privativo.

f) No se trata de prueba fehaciente de identidad entre las monedas recibidas en pago de una enajenación y las monedas empleadas por pago de una adquisición. Esta prueba resulta: a) De la nota extendida en la escritura de venta; si de ésta resulta la enajenación y la obtención de un dinero privativo la nota deja establecido el destino de éste de manera concreta, determinada, fija e invariable y sujeta al interesado frente a su cónyuge a respetar tal destino. b) De la constancia en la escritura por la que se adquiere el bien subrogado de la procedencia de la suma de dinero empleada para pagar el precio de la adquisición y además, de que en la escritura de procedencia (la de venta) queda constancia de la reinversión realizada.

g) En el tiempo intermedio entre la venta y la compra realizadas por el interesado ha podido producirse confusión de la suma de dinero privativo procedente de la venta con otros dineros u otras sumas y ha podido afectarle la presunción de ganancialidad. Pero esta afección se limita a las monedas y no afecta al derecho a la suma de dinero. La confusión de las monedas (cosas corporales), no puede afectar a la suma de dinero (crédito incorporal de cantidad); y por ello el interesado sigue siendo titular

con carácter privativo de la suma de dinero obtenida como precio de la venta; y esta titularidad sobre la suma la ejerce cuando, a costa de ella, realiza la compra, el pago de cuyo precio lo realiza en uso de su titularidad sobre la suma.

h) El artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario requiere que el carácter privativo del precio de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública. Este artículo, en cuanto precepto reglamentario, debe interpretarse conforme a los preceptos legales sustantivos e integrarse en su significado. La prueba del carácter privativo del dinero empleado para satisfacer el precio puede referirse al hecho a) de la identidad de la moneda o b) de la identidad de la suma, según su origen o procedencia.

i) En el caso del recurso se prueba con documento notarial, público y auténtico: En el propio instrumento público de compra que se ha contrastado la verdad de la procedencia del dinero privativo invertido y que en el documento de procedencia (en la matriz de la venta) consta la reinversión. Existe pues prueba documental pública de que el precio se satisface a costa de los bienes privativos. Esta prueba tiene significado positivo y negativo. Positivamente deja constancia fehaciente de las sucesivas subrogaciones:

— La suma de dinero obtenido como precio en lugar del bien heredado vendido.

— El bien comprado en lugar de la suma de dinero obtenido por la venta. Las notas extendidas en las escrituras matrices de venta y de compra son pruebas documentales públicas.

— Negativamente supone que el interesado no podrá volver a invocar la reinversión del producto de la venta, pues al dejar constancia auténtica de la subrogación realizada consumió el bien privativo (la suma de dinero obtenida por la venta) a cuya costa realizó la adquisición privativa. Cualquier intento de invocar en otra adquisición el pago de su precio a costa de la suma obtenida mediante la “venta”, chocaría con la diligencia obrante en su matriz según la cual dicha suma ya no

existe en el patrimonio privativo del interesado al haber sido ya reinvertida, por lo que no cabe una nueva adquisición a su costa.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

a) Que el principio de presunción de ganancialidad proclamado por el artículo 1361 del Código Civil afecta de manera muy especial a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, por lo que, para que esos bienes puedan ser considerados e inscritos como privativos, es necesario destruir esa presunción, mediante la justificación fehaciente del carácter privativo del precio o contraprestación de la adquisición.

b) Que, conforme al artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario, dicha justificación deberá verificarse mediante prueba documental pública referida al momento de la adquisición, que es al que, igualmente, ha de referir el Registrador su calificación y atribuir, en la inscripción, a dicha adquisición el carácter de privativa o presuntivamente ganancial según se justifique o no aquel extremo, con la trascendencia jurídica y económica que dicha atribución tiene especialmente para el cónyuge no adquirente y sus herederos, pues una vez atribuido el carácter privativo a la adquisición, se traslada a los mismos la carga de la prueba en contrario de la titularidad privativa del adquirente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, viéndose privados, de momento, de todo derecho sobre el bien adquirido.

c) Que, conforme a la Resolución de 28 de noviembre de 1988, la inscripción como privativos de los bienes adquiridos por persona casada bajo el régimen de gananciales exige que se acrediten por medios fehacientes todas las circunstancias que, con arreglo a los artículos 1346 y siguientes del Código Civil, y según las hipótesis, determinan aquel carácter.

d) Que en el caso objeto del presente recurso no se ha destruido aquella presunción, por no haberse justificado fehacientemente el carácter privativo del precio o contrapres-

tación de la adquisición realizada, pues la extensión de una nota con fecha 16 de marzo de 1994 en la matriz de la escritura de 8 de julio de 1992 para la constancia de la aplicación del total precio que recibió en aquélla, el ahora adquirente, al pago del precio de la compra que realiza por la escritura calificada (en cuya matriz se hace constar la nota extendida en la de venta), sólo manifiesta una declaración unilateral de tal propósito, que no justifica fehacientemente la subsistencia, casi dos años después, en el patrimonio privativo del adquirente, el 2 de febrero de 1994, del precio recibido en la venta de 8 de julio de 1992 y sin que, como dice la citada Resolución, en el presente caso, pueda estimarse que la naturaleza privativa de la contraprestación venga avalada por la fe pública notarial que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones que los particulares hagan en la escritura pública. Y que la ausencia de la prueba documental pública viene evidenciada en el presente caso, de una parte, por las dificultades que la esencial fungibilidad del numerario con que se pagó el precio plantea a la demostración del carácter privativo y, de otra, por la posible verificación, durante el tiempo intermedio, de otros actos dispositivos sobre dicha cantidad que la hubiera agotado o disminuido de tal modo que no pudiera cubrir el precio estipulado en la operación calificada.

No obstante, en el presente caso, se ha pretendido desvirtuar tal posibilidad con el argumento, poco convincente, de que al no constar extendida en la escritura de venta de 1992, que generó el dinero privativo, una nota expresiva de haber reinvertido dicho dinero en la adquisición de otro bien que sustituyera al vendido, es que la reinversión no se ha producido en todo el tiempo transcurrido desde la fecha de la venta en 1992, hasta el momento en que, al formalizar la compra en la escritura de 1994, se extiende, en ambas escrituras, la referida nota. O lo que es igual, si no hay nota, no hay acto dispositivo de dicho dinero, o no hay acto dispositivo sin no-

ta. Se da por supuesto que, caso de reinversión anterior a la ahora realizada, se hubiera extendido la nota, porque, si se ha extendido ahora, también se habría extendido entonces.

Pero, como decimos más arriba, la nota se extiende en virtud de una declaración unilateral y totalmente voluntaria del interesado, ya que no existe norma alguna que obligue a ello, por lo que su no constancia hasta la compra en 1994, no puede considerarse como prueba indubitada de la no reinversión hasta dicha fecha, y por consiguiente, de la subsistencia hasta la misma del dinero recibido en la venta de 1992 en el patrimonio privativo del ahora adquirente. Por todo lo expuesto, ni puede considerarse destruida la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, ni justificado el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido, exigido por el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso y confirmó la nota del Registrador en base a que la presunción de ganancialidad afecta a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y para poderle atribuir el carácter de privativos es necesario que se acredite cumplidamente el carácter privativo del precio abonado, lo que no ocurre en el presente caso, pues a lo que consta en la copia de la escritura presentada en el Registro y que ha sido objeto de calificación no se le puede atribuir otro valor, en cuanto a la pretendida reinversión del precio, que ser unas declaraciones unilaterales del adquirente que no están amparadas por la fe pública notarial, puesto que es doctrina reiterada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones que los particulares hagan en la escritura pública.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El recurrente reiterando lo ya manifestado al interponer el recurso y añadiendo: La afirmación de que la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las manifestaciones de los particulares en la escritura pública es incongruente con los hechos y no desvirtúa los fundamentos de derecho alegados. Es incongruente con los hechos porque no tiene en cuenta la actuación notarial y no se analiza el valor de la nota de reinversión extendida por el Notario en la escritura generadora del dinero privativo.

2. Doctrina de la DGRN.

Se debate en el presente recurso acerca de si es o no posible inscribir como privativo el bien adquirido por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales cuando afirma al adquirirlo que lo hace con dinero procedente de la venta de un bien privativo y se anota, en la matriz de la escritura por la que se formalizó esa venta, que el vendedor ha manifestado al adquirir otro bien que el precio ha sido satisfecho con el dinero que obtuvo de aquella venta.

Según los artículos 1346 y 1347 del Código Civil son bienes privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos y son gananciales los adquiridos a costa del caudal común. Añade el artículo 1361 del mismo cuerpo legal que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, si bien esta presunción tiene valor “*iuris tantum*” al añadir el precepto que dicha presunción operará mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Tratándose de un bien adquirido a tí-

tulo oneroso por uno de los cónyuges con-
stante matrimonio, el bien se presume gananciales mientras no se demuestre lo contrario.

Naturalmente, esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, si bien, en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. La simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien. El que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste haga constar mediante nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia se le acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga a su vez constar mediante diligencia en la escritura de compra implican una serie de precauciones que pueden y deben tener ciertos efectos que no viene al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del precio o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo.

5. SUCESIONES

5.1. *Procede denegar la inscripción de una partición realizada por los herederos en la que uno de ellos, además, representa a otro, cuando existe contraposición de intereses no salvada en el poder.*

RESOLUCION de 11 de mayo de 1998.

ANALISIS DEL CASO

- El día 29 de abril de 1992 mediante escritura pública los hermanos D. Roque, D.^a Cecilia, D.^a Juliana, D. Felipe y D. Julián (este último representado por D. Roque en virtud de escritura de poder otorgada ante el mismo Notario el día 28 de abril de 1988) aceptaron, pura y simplemente las herencias causadas por sus padres y se adjudican los bienes que los integran.
- La Registradora de la Propiedad denegó la inscripción al observar entre otros el defecto de incurrir la escritura calificada en un supuesto de autocontratación o conflicto de intereses al actuar don Roque, además de por sí, en nombre y representación de su hermano y coheredero don Julián, sin que conste que el poderdante haya autorizado expresamente tal posibilidad o haya ratificado la escritura (artículo 1727 del CC).
- El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria revocó la nota de la Registradora.
- La Registradora apeló el auto presidencial. La DGRN revoca el Auto y confirma la calificación de la Registradora.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE CANTABRIA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Respecto de la estimación en la nota calificatoria de la incidencia de un supuesto de autocontratación, se hace constar que don Roque hace uso de un poder general, con fa-

cultades omnímodas de actuación otorgado por su hermano poderdante don Julián. Que se está en presencia de un acto estrictamente participacional en el que se producen los supuestos exigidos en el artículo 1058 del Código Civil.

Que las convenciones establecidas por los interesados atinentes al pago de determinadas compensaciones en metálico, no son sino una consecuencia obligada de los estrictos trámites particionales, sin que mediaten las operaciones sucesorias particionales ni den lugar a fórmulas contractuales de naciente o autónoma configuración. Que lo anterior lo refrendan los artículos 1062 y 1056.2 del Código Civil.

Que en lo referente a la existencia de un conflicto de intereses, no se estima la incidencia en absoluto de dicha figura jurídica. Que se produce conflicto de intereses cuando se da el supuesto del artículo 163 del Código Civil y entre los involucrados en la sucesión al no existir relación parental, se entiende inoperante y carente de virtualidad el rechazo registral fundamentado en esa imprecisa calificación registral.

Que con referencia al último presupuesto obrante en el defecto número 1, o sea, la necesidad de que por parte del poderdante se proceda a la ratificación de lo actuado por el mandatario, con invocación expresa del artículo 1727 del Código Civil, se señala que el mandatario hace uso de un poder general que explícitamente contiene facultades de aceptación de herencia, aprobación de particiones, etc., y resulta incongruente que hayan de refrendarse las actuaciones del apoderado. Que la exigencia de ratificación abocaría en que no serían jurídicamente aceptables los mandatos referidos a operaciones sucesorias y echando por tierra la concreción de apoderamientos admitidos por la legislación vigente, excepción hecha de aquellos supuestos de indelegabilidad de determinadas facultades que se encuentran en la órbita de derechos inherentes a la persona, no susceptibles de definir a terceros.

2. Alegaciones de la Registradora de la Propiedad.

No se entiende lo que quiere decir el Notario con la frase “y esa determinación del extremo de la nota que se recurre, ha de entenderse reconducida exclusivamente a la

inscribibilidad de la finca inventariada con el número [...] 1”, ya que el defecto señalado con el número uno se refiere al conjunto de las operaciones particionales, sin que pueda reconducirse a una sola de las fincas implicadas en la partición y más teniendo en cuenta que dicha finca se adjudica a todos los herederos y en las proporciones fijadas en los correspondientes títulos sucesorios, cosa que no ocurre con las otras fincas inventariadas (números 2 y 5) de las que no se adjudica partición alguna al heredero representado por don Roque, y sí en cambio se adjudica a dicho señor, el representante, la totalidad de la finca número 5 y una porción segregada de dos quintas partes de la número 2.

Conforme a lo dicho anteriormente, lo que se trata de determinar es si es o no inscribible una escritura de partición de herencia en la que uno de los herederos actúa, además de por sí, en nombre y representación de otro de los coherederos y en virtud de un poder general en el que no se contiene ninguna referencia a la autocontratación ni se alude expresamente a la herencia concreta de que se trata, debiendo tenerse en cuenta que para fijar el haber correspondiente al representado se valoraron, distribuyeron y adjudicaron bienes que si no hubieran sido atribuidos al representante, corresponderían, al menos parcialmente, al representado.

Se está en presencia de una partición practicada por los herederos y en tal sentido un contrato, pero con la matización de que uno de los herederos está representado por un coheredero suyo, que a la vez actúa en su propio nombre, lo que hace surgir el conflicto de intereses.

En nuestro derecho no hay ninguna norma que regule con carácter general la figura de autocontrato, pero sí existen algunas disposiciones que regulan ciertos supuestos como son los de los artículos 221, 163 y 1459 del Código Civil, aparte de otros supuestos en la legislación mercantil.

Tanto la doctrina del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, como la Dirección General de los Registros y del Notaria-

do, exigen como requisitos para la eficacia del autocontrato, los siguientes: a) Poder expreso para autocontratar. b) Que no exista conflicto de intereses siendo éste el fundamento básico de la prohibición de autocontratación.

En el supuesto que se estudia no hay un poder expreso para autocontratar, sino un poder general y que es evidente el conflicto de intereses existente entre representante y representado, ya que el primero no puede atender al interés propio y tutelar a la vez el interés contrario de su representado, produciéndose este conflicto en la fijación de haberes y adjudicación de bienes en pago de éstos, y es evidente que la situación respectiva de los coherederos ante una herencia es de oposición de intereses. Que según la Dirección General corresponde a los Registradores la calificación de las facultades representativas (artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y la de autocontratar es una de ellas, quedando ésta sujeta a los límites del texto del poder. Que el caso que se contempla es distinto al de la Resolución de 27 de enero de 1987. Que no se comprende la cita del artículo 1062 del Código Civil que hace el recurrente, ya que no se está tratando el tema de la indivisibilidad de las fincas.

No es admisible la tesis del Notario de que no existe conflicto de intereses en el supuesto de este recurso por la razón de que no existe entre los involucrados en la sucesión relación parental (padres, hijos), ya que el conflicto de intereses puede originarse en to-

do tipo de representación, sea legal, voluntaria u orgánica y así resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La invocación que del artículo 1727 del Código Civil se hace en la nota de calificación es una consecuencia de la falta de poder expreso concediendo facultades de autocontratación y de la existencia de conflicto de intereses, circunstancias ambas que se dan en el presente supuesto por lo que la partición ha de ser ratificada por el representado como si hubiere sido realizada sin facultades suficientes.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Cantabria.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria revocó la nota de la Registradora fundándose en que el coheredero interviniente en las operaciones particionales hace uso de un poder general con facultades amplísimas de actuación y que es evidente que al no existir prohibición expresa en principio el acto particional, que materialmente es un contrato, es válido sin que el Registrador pueda entrar a ponderar los posibles perjuicios que puedan resultar para el representado como consecuencia de las compensaciones económicas, sin que este cuidado de los intereses del representado se pueda estimar comprendido en las facultades calificadoras que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria atribuye a los Registradores.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegación de la Registradora recurrente.

La Registradora apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que si bien el poder es amplísimo, en el mismo no se contiene ninguna referencia a la autocontratación ni se alude expresamente a la herencia concreta de que se trata y

de la doctrina de la Dirección General se puede sacar la conclusión de que es una figura similar a la que subyace en la del autocontrato. Al no estar previsto en el poder el conflicto de intereses, ni haberse conferido éste en concreto para la herencia de sus padres, no puede entenderse que el poder contiene facultades suficientes para practicar la partición en los términos que se efectúa; es un

problema de límite de facultades representativas y no de abuso o mal uso de éstas.

2. Resolución de la DGRN.

El único defecto recurrido consiste en dilucidar si puede inscribirse una partición realizada por los herederos en la que uno de ellos, además, representa a otro, cuando existe contraposición de intereses no salvada en el poder, y el recurso se formula exclusivamente por no inscribirse la adjudicación de una finca que se realiza por partes iguales en proindiviso.

Si bien es cierto que el tema de si puede el representante actuar cuando existe contraposición de intereses con su representado no está específicamente contemplado en el Código Civil es un tema ampliamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia, que llegan a la conclusión de que la regla general es la de que el representante no puede actuar en este supuesto y únicamente lo puede hacer cuando está expresamente autorizado para

ello, o esté autorizado para el acto específico en donde existe dicha contraposición, o bien, por la forma de actuar del representado (v.gr. cuando en una partición de herencia se adjudican a los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias todos los bienes que componen la misma), resulta haberse resuelto con imparcialidad dicha representación.

En el supuesto presente, el representante actúa en su propio nombre y en el de un coheredero en la partición de herencia de los padres de ambos sin que exista autorización para autocontratar o se exceptúe el supuesto de la contraposición de intereses.

El hecho de que el Notario restringe el recurso a la adjudicación de una sola de las fincas que se adjudica por partes iguales indivisas, respecto de la cual no habría problema, no salva la contraposición de intereses, pues no todos los bienes de la partición se adjudican en la misma forma, y es el negocio jurídico particional en su conjunto el que ha de calificar el Registrador.

DERECHO COMPARADO

EL DIVORCIO EN CANADA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. CAUSAS DE DIVORCIO.
 - 1. **Adulterio.**
 - 2. **Crueldad.**
 - 3. **Separación de hecho.**

 - II. INTENTO DE CONCILIACION.
 - III. PROCEDIMIENTO.
 - IV. LIQUIDACION DE BIENES.
 - V. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS AL DIVORCIO.
 - 1. **Custodia y visita.**
 - 2. **Alimentos a los hijos.**
 - 3. **Alimentos al cónyuge.**
 - 4. **Comentarios finales.**
-

Se encuentra regulado en una ley de ámbito federal (*The Federal Divorce Act*, 1986) complementada por legislaciones provinciales, que varían de un territorio a otro. En particular en la Provincia de Ontario, la *Family Law Act* (Ontario), 1986, desarrolla la ley federal.

I. CAUSAS DE DIVORCIO

Las causas o fundamentos (*grounds*) del divorcio, han seguido en Canadá una evolución parecida a la de otros países, buscando por un lado una mayor simplificación y flexibilidad en el catálogo de causas admisibles, y por otro, borrando cualquier connotación culpabilística en el tratamiento de las causas y en la adopción de las medidas. Se piensa que estas últimas deben estar justificadas por circunstancias económicas o personales objetivas. No tiene por ello nada de extraño que en Canadá el cónyuge que podríamos llamar inocente del divorcio salga del pleito con cargas y obligaciones más onerosas que las que se imponen al cónyuge que otrora hubiera sido considerado “culpable”.

Al igual que en Inglaterra, la causa legal de divorcio por antonomasia es la **quiebra del matrimonio**. Pero aquí la ley hace unas presunciones “*iures et de iure*” acerca de cuándo debe entenderse que el matrimonio está roto. Ello ocurre: a) Cuando los esposos han vivido más de **un año separados**. b) Cuando el demandado ha cometido **adulterio**, y c) Cuando el demandado ejerza sobre el cónyuge **crueledad física o mental** que haga intolerable la convivencia.

Estas tres últimas son, pues, en último análisis, las verdaderas causas de divorcio.

Daremos a continuación algunas concreciones jurisprudenciales sobre las causas mencionadas:

1. Adulterio.

Han sido consideradas causas de adulterio:

- La inseminación artificial de la esposa sin consentimiento del marido⁽¹⁾;
- Pasar una noche en un establecimiento hotelero, con la persona de quien se sospecha;
- Familiaridad excesiva con otra mujer y haber tenido “oportunidad” de estar juntos.

La prueba del adulterio es casi siempre una prueba de presunciones. En los tiempos en que el adulterio era la única causa reconocida de divorcio, los litigantes solían recurrir a informes de detectives, en general muy costosos. Hoy se

⁽¹⁾ Este, y los demás casos citados en el artículo, están tomados de la obra de M.C. Kronby *Canadian Family Law*, Sotoddart Publishing Co. Limited, 1997.

ha mitigado el rigor probatorio. Fieles al viejo proverbio, “Entre santo y santo pared de cal y canto”, los Tribunales se sienten satisfechos con la razonable probabilidad derivada de la prueba de cierta familiaridad en el trato surgida a raíz de alguna *ocasión* de haber estado juntos.

La admisión llana y simple del adulterio por el demandado no siempre ha sido considerada prueba suficiente cuando faltan otros indicios o testimonios. La razón era evitar fraudes de ley. Éstos fueron, al parecer, frecuentes, en una época en que el adulterio era la única causa de divorcio y los cónyuges se ponían de acuerdo para presentar su caso como de adulterio. La separación durante un año como nueva causa de divorcio ha hecho perder interés en la causa de adulterio.

En Canadá no está permitida la autoincriminación y por ello en los juicios de divorcio el demandado no está obligado a contestar preguntas que se refieran a su presunto adulterio⁽²⁾.

2. Crueldad.

En una famosa resolución del Tribunal de Apelación de Ontario (1970) se define la crueldad como inclinación a hacer sufrir al otro; deleite o indiferencia hacia el dolor y miseria ajenos; conducta que exterioriza un ánimo despiadado o dureza de corazón.

El concepto ha de valorarse en consideración a las circunstancias de cada caso.

La mejor manera de ilustrarlo es ofreciendo algunos ejemplos. La mayoría de ellos pertenece, lógicamente, al mundo de la sexualidad. Otros tienen que ver con el carácter dominante, tiránico y abusivo de uno de los esposos, y puede que esté también relacionado con el comportamiento sexual.

Han sido considerados casos de crueldad:

- La práctica frecuente del “*coitus interruptus*”.
- El travestismo del marido.
- Su paedofilia.
- Exigir a la esposa sexo oral.

⁽²⁾ La C.E. también reconoce el derecho de todos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (art. 24). Esta norma, a nuestro juicio, debe también aplicarse al procedimiento de separación por infidelidad conyugal o por otras causas que, aunque estén despenalizadas, siguen estando socialmente mal vistas.

- Negar persistentemente al marido toda relación sexual.
- Ridiculizarlo, comparando su comportamiento en la cama con el de anteriores maridos o amantes.
- Vivir como un “hippie” y consumir drogas blandas, pese a la desaprobación de la mujer.
- Alcoholismo crónico (a veces).
- Mantener a la esposa apartada del negocio del que era socia.

La crueldad como causa de divorcio no se desvirtúa aunque se pruebe que la conducta considerada era causada por una enfermedad mental.

La receptividad de los Tribunales ante esta causa varía mucho según las Provincias.

3. Separación de hecho.

Para que se dé esta causa la Ley exige “que los esposos hayan vivido separados al menos durante el año inmediatamente anterior a la concesión del divorcio, y que además estuvieran separados cuando se inició el procedimiento”.

Esta redacción permite que pueda pedirse el divorcio antes de cumplirse el año de separación; en cuyo caso, se suspende la decisión hasta que se cumpla el plazo⁽³⁾.

La mera separación física no basta. Es preciso que haya habido por parte de uno de los esposos intención de terminar con la relación matrimonial.

(3) En España esta práctica es de más difícil aceptación porque el principio de congruencia exige que la sentencia contemple la situación que había en el momento de presentarse la demanda (o si ésta se contestó, en el momento de la litiscontestatio), pero no la existente en la fecha en que se pronuncia el fallo. Este dogma, heredado del procedimiento formulario romano, que fijaba los límites de la controversia en la *fórmula* que el magistrado entregaba al juez, fue defendido rígidamente por los savinianos y suavizado para algunos casos, por razones prácticas, por los proculeyanos. Sin duda en todo juicio es necesario que la controversia que ha de decidir el juez quede de alguna manera congelada e inmutable, dejando fuera de consideración los hechos que acaezcan después de la litiscontestatio. Pero esta verdad no puede tener carácter tan absoluto que impida al juez apreciar que un plazo, pendiente de cumplimiento al presentarse la demanda, está ya cumplido en el momento de dictarse sentencia. Y ello no sólo por economía procesal sino porque el paso del tiempo no es en rigor ningún hecho nuevo del pleito, sino algo ineluctable y notorio que se deduce de los propios autos y que el secretario del juzgado puede diligenciar haciendo constar el tiempo que ha durado el procedimiento, a efectos de sumárselo en su caso al plazo ya transcurrido cuando se presentó la demanda.

La reanudación de la convivencia con ánimo de reconciliación no interrumpe el plazo si el intento ha durado menos de noventa días.

II. INTENTO DE RECONCILIACION

El Letrado que se encarga de un divorcio está obligado a discutir con su cliente las posibilidades de reconciliación y en su caso las posibilidades de convenir las medidas con el otro cónyuge, informando al cliente de la existencia de posibles mediadores. Con la demanda habrá de certificar que ha cumplido esta obligación. En cualquier estado del procedimiento en que el Juez advierta que hay posibilidades de reconciliación, o de convenir las medidas, suspenderá el procedimiento e invitará a las partes a arreglarse nombrándoles en su caso un mediador. Pasadas dos semanas reanudará la tramitación a instancia de cualquiera de las partes.

III. PROCEDIMIENTO

El procedimiento de divorcio es siempre judicial (nunca administrativo, aunque sea de mutuo acuerdo).

El Tribunal competente para conocer de los divorcios varía según la Provincia: La Corte de Ontario (*The Ontario Court, General Division*) en la Provincia de Ontario⁽⁴⁾; el Tribunal Superior en Quebec; el Supremo de la Provincia en Nova Scotia y British Columbia; el llamado Tribunal de la Reina (*Queen's Bench*) en Alberta, Manitoba, Saskatchewan y New Brunswick; y el Tribunal Supremo correspondiente en los Territorios del Yukón y del Noroeste.

La competencia territorial viene determinada por el lugar de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, entendiéndose por tal aquél donde haya vivido durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. Existen en la ley reglas efectivas para decidir las cuestiones de competencia cuando el divorcio ha sido pedido por los dos cónyuges ante Tribunales diferentes⁽⁵⁾.

(4) Este Tribunal se creó en 1990 como resultado de refundir en el Tribunal Supremo las antiguas Cortes de Distrito.

(5) Se resuelven en favor del Tribunal que conoce de la demanda más antigua; y si son contemporáneas, en favor del Tribunal Federal. Las mismas reglas se aplican en caso de duplicidad de solicitudes de medidas provisionales.

La estructura del procedimiento es la misma que la de nuestro procedimiento de incidentes, con una fase de alegaciones seguida de otra probatoria⁽⁶⁾.

Con la demanda y la contestación se exige a veces (así ocurre, por ejemplo, en Ontario) cumplimentar un exhaustivo cuestionario del balance patrimonial y de los ingresos y rentas de cada cónyuge. Este documento (*financial statement*) es básico para poder adoptar las medidas auxiliares complementarias al divorcio (*corollary relief*).

IV. LIQUIDACION DE BIENES

El régimen económico de los esposos es, en Canadá, muy variado, porque cada Provincia ha desarrollado su propia legislación sobre la materia. Con obje-

⁽⁶⁾ La técnica de la prueba en Canadá, como ocurre en todos los Tribunales anglosajones, es muy diferente a la nuestra. El llamado “*cross-interrogation*” de un testigo o de las partes litigantes suele ser un método de averiguación de la verdad muy incisivo, y en ocasiones, agotador. Nuestra forma mecánica de examinar a los testigos con los consabidos “diga ser cierto... diga ser más cierto” es el resultado de una corruptela procesal. La Ley no exige que las preguntas a los testigos haya que enunciarlas en sentido afirmativo, es decir, como posiciones. Si se hace así en la prueba de confesión es porque el legislador quiere que al interpelarse los litigantes no se limiten a preguntar, sino que se comprometan con el hecho por el que están preguntando. Si alguien preguntase por la hora que es, en principio no se compromete con ninguna hora en particular. Pero si dice: “afirmo que tal hecho ocurrió a las doce de la mañana. ¿Lo admite usted?”, nos movemos dentro de la dialéctica confesional propia de quienes conocen los hechos, y por tanto entre quienes saben la hora en que ocurrió un suceso aunque difieran en sus posiciones al respecto. En ningún sitio dice la LEC. que las preguntas a los testigos tengan que hacerse de esta manera. Podrían y por razones de claridad deberían formularse en el tono interrogativo que normalmente se usa para preguntar. Además, después de cada pregunta no hay que hacer la repregunta correspondiente (creando un verdadero galimatías a la hora de estudiar las actas del juicio. Lo que dice la ley es que “Luego que el testigo haya contestado a las preguntas (las generales y las del interrogatorio de la parte que propuso la prueba)... Acto continuo lo será igualmente por las repreguntas”. Es decir, primero hay que hacer **todas** las preguntas de una parte, y después **todas** las de la otra, como en el proceso penal. También se echa en olvido que las partes y sus defensores, a la vista del desarrollo de la prueba, pueden hacer a los testigos “aquellas preguntas o repreguntas no formuladas en sus respectivos interrogatorios que consideren necesarias...” (art. 652): un derecho preciosísimo, que la rutina ha hecho caer en desuso. Como también se olvida pedirle al testigo “la razón de ciencia de su dicho” (art. 649), cosa que debe hacerse siempre en cada una de las contestaciones, y no de vez en cuando. La razón de cómo ha llegado a conocimiento del testigo lo que está afirmando, es lo que le da o le quita valor al testimonio. Sin esa información es imposible medir el grado de verosimilitud de lo dicho por los testigos, a efectos de formarse el juez una convicción racional.

to de dar una idea de conjunto que no resulte tediosa, nos limitaremos a hacer sólo indicaciones de carácter muy general para cada Provincia ⁽⁷⁾:

ALBERTA: Sigue un régimen de participación tipo escandinavo, en el que, al ocurrir una nulidad o separación matrimonial, una separación de hecho de más de un año, o a causa de la administración disipada de uno de los cónyuges, se forma una masa con todos los bienes y deudas adquiridos por uno o por ambos cónyuges durante el matrimonio, y se reparte en proporciones que dependerán de la duración que haya tenido el matrimonio, de los patrimonios y rentas respectivos, de si ha habido administración desleal y de “cualquier otro hecho o circunstancia relevante”.

BRITISH COLUMBIA: Después de la nulidad, separación o divorcio, y antes de que transcurran dos años, se forma la masa, pero sólo con los activos familiares, es decir, con los que estén siendo utilizados por cualquiera de los esposos o por los hijos menores, tales como la vivienda familiar, las pensiones y las inversiones hechas con dinero de los dos esposos o en que el cónyuge no propietario haya trabajado, bien directamente (en la empresa del otro) bien indirectamente (en tareas domésticas). La forma de dividir este conjunto patrimonial no siempre es igualitaria, teniendo el juez amplias facultades discrecionales para modificar los acuerdos divisorios que considere injustos.

MANITOBA: Los cónyuges han de pedir la liquidación del régimen legal no más tarde de los sesenta días siguientes al divorcio o a la muerte de uno de ellos. Entran en el reparto todos los bienes, excepto los adquiridos de soltero o provenientes de un matrimonio anterior, los adquiridos después de la separación, y los efectos de uso personal. Dentro de la masa partible se pueden distinguir otros patrimonios autónomos (por ejemplo el patrimonio empresarial) y aplicar para su división criterios equitativos distintos de los que se utilizan para dividir el total.

NEW BRUNSWICK: El plazo para pedir la liquidación es también de 60 días después de haber cesado en la convivencia por causa de divorcio o nulidad matrimonial. Entran en la liquidación los bienes de uno o de los dos esposos, aunque no sean activos familiares, pero se excluyen: las empresas; los bienes adquiridos a título gratuito; los comprados con el producto de la venta de otros bienes de carácter no familiar adquiridos antes de empezar el régimen (salvo

⁽⁷⁾ Téngase en cuenta que la mayoría de las Provincias canadienses son más extensas que España. British Columbia y Ontario tienen, cada una de ellas, dos veces la extensión de España; y Quebec ocupa un territorio más de tres veces superior al nuestro. Debido a la vastedad del territorio, junto a peculiaridades históricas y culturales particularmente destacables en la francófona Quebec, cada Provincia ofrece particularidades legislativas en cuyo detalle no podemos entrar aquí.

que se adquirieran en consideración del futuro matrimonio), y los adquiridos estando separados. Las proporciones del reparto se determinan por equidad, que no siempre quiere decir lo mismo que igualdad aritmética. Con motivo de la división el juez puede: obligar a vender una propiedad; tomar medidas de administración o disposición; y constituir un “*trust*” a favor de algún hijo.

NEWFOUNDLAND: Se reparten tras el divorcio los llamados “activos matrimoniales”, sustancialmente idénticos a los activos familiares que hemos visto en British Columbia. El reparto puede ser igual o cuando la equidad lo aconseje, desigual. También el Tribunal puede acordar un reparto específico distinto para la vivienda familiar, transferencia de propiedad a un “*trust*”, una orden de venta forzosa, medidas de aseguramiento, pagos y compensaciones.

NOVA SCOTIA: Los cónyuges divorciados juntan “*ex post*” y reparten todos sus bienes, excepto los adquiridos antes del matrimonio o después por título lucrativo. El régimen puede ser derogado por acuerdo. El reparto se hace invariablemente siempre por mitad.

ONTARIO: El llamado “patrimonio familiar neto” (*net family property*, o NFP) se divide por mitad entre los cónyuges divorciados. El NFP comprende toda propiedad o derecho que tuvieron los cónyuges el día de la disolución, con deducción de sus deudas y de los bienes (y deudas) anteriores al matrimonio (es decir, lo que en nuestro régimen de separación llamamos el patrimonio inicial). Por excepción, la vivienda familiar, aunque sea bien privativo de soltero, se incluye en el NFP. La división es estrictamente igualitaria, pero con carácter muy excepcional puede haber desviaciones para corregir: la falta de transparencia en la declaración de bienes de uno de los esposos; las deudas contraídas de mala fe para desequilibrar el reparto; la brevedad del matrimonio y el desequilibrio en las aportaciones; o circunstancias análogas⁽⁸⁾.

(8) Aun en un reparto siempre igualitario pueden producirse asimetrías. Tomamos el siguiente ejemplo de Konby, op. cit., pág. 86. Supongamos que el marido aportó \$100.000 al matrimonio y que con este dinero compró al casarse la vivienda familiar. Si ésta última vale \$150.000 al liquidarse el régimen, y está a su nombre, deducirá los \$100.000 iniciales y el resto (suponiendo que no haya más bienes ni deudas) se repartirá entre los cónyuges, correspondiendo a cada uno \$25.000. Pero si la casa se hubiera comprado a nombre de la esposa, la aportación de ella sería \$150.000, la del marido cero (en rigor *menos* \$100.000), correspondiéndole a cada uno \$75.000. Finalmente, si la casa estuviera a nombre de los dos, la aportación de cada uno a la masa sería \$75.000, pero como el marido tendría que deducir los \$100.000 iniciales, en realidad su aportación neta es negativa (que se computa como cero). Con lo que la mujer tendría que cederle la mitad de sus \$75.000, o sea \$37.500; y en definitiva ella se quedaría con \$37.500 y su marido recibiría \$112.500 (\$75.000 + \$37.500). Es decir, que a pesar de haber sido este último el que puso todo el capital inicial, recibe menos ganancias netas (\$12.500) que el cónyuge que no puso nada y recibió \$37.500.

PRINCE EDUARD ISLAND: Entran en reparto todos los bienes adquiridos durante el matrimonio. La división se hace por mitad, salvo que la equidad aconseje otra cosa. El Tribunal puede dictar órdenes complementarias: venta forzosa de algún bien, constitución de un *trust*, suplementos en metálico, etc.

QUEBEC: Se reparten los cónyuges divorciados el llamado patrimonio familiar, que se entiende compuesto por: la vivienda principal; la segunda vivienda; los muebles; los coches de uso familiar; y las pensiones o planes de retiro. El reparto es igualitario, con algunas desviaciones para las pensiones y la vivienda familiar, y para cuando se aprecie mala fe en la administración de los bienes.

SASKATCHEWAN: Sistema parecido al de Quebec, pero aquí se entiende por “propiedad matrimonial” los bienes y deudas adquiridos durante el matrimonio a título oneroso. El juez tiene amplias facultades para corregir las injusticias del reparto igualitario y la ley pone a su disposición una gran variedad de instrumentos: venta forzosa, transferencia de propiedad, pago de una cantidad compensatoria a tanto alzado o en plazos, etc.

V. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS AL DIVORCIO

1. Custodia y visita.

Sobre la custodia de los hijos menores, suele respetarse la situación que esté consolidada por la separación previa, aunque sea de hecho: de forma que los hijos siguen tras el divorcio con el mismo padre con el que estuvieran. El otro tendrá un derecho de visita, que aquí comprende tanto **el de visitar** como **el de ser visitado**. Además la visita comporta también un derecho a **estar informado** de la salud, de la marcha de la educación⁽⁹⁾ y del bienestar general de los hijos.

Para decidir sobre la custodia se toman en consideración factores tales como: los lazos afectivos que unen a los hijos con los respectivos progenitores (o lo que es igual, los deseos y preferencias de los menores); la estabilidad y condiciones de los respectivos hogares; las posibilidades educativas de cada uno, etc.

La Corte puede asesorarse al respecto de alguna persona cualificada (un psiquiatra, por ejemplo). Los hijos de corta edad suelen dejarse con la madre.

En la práctica, son los padres los que en la inmensa mayoría de los casos deciden de mutuo acuerdo la custodia y le dan al juez el problema resuelto.

⁽⁹⁾ No es pues necesario montar un pleito estúpido para que a un padre le reconozcan el derecho a recibir las calificaciones escolares de sus hijos.

Para devolver los hijos al progenitor que tenga su custodia (en caso de que hayan sido retenidos por el otro progenitor), funciona un Servicio dependiente del Departamento de Justicia (*The Federal Orders and Agreement Enforcement Unit*), que también se ocupa de hacer efectiva la pensión alimenticia no pagada oportunamente.

La custodia compartida sólo se decreta si existe armonía entre los padres divorciados. Con buen criterio se considera utópico pretender que vayan a entenderse después de divorciados los padres que en el curso del proceso han dado muestras de enconado antagonismo.

Los problemas del derecho de visita son aquí los típicos: obstrucción a la visita por parte del progenitor que tiene la custodia, y no ejercicio de la visita y abandono práctico de los hijos, por parte del progenitor que no vive con ellos. En Canadá la solución a estos problemas es fluctuante. Hay resistencia a imponer sanciones económicas o indemnizaciones por no permitir la visita del otro (ni siquiera por vía de suspender el pago de la contribución alimentaria). La prisión por desobediencia al Tribunal se estima una medida bárbara y contraproducente. El cambio de custodia por obstrucción sistemática de la visita no se rechaza, pero se aplica con más parsimonia que en los países escandinavos. El problema no es fácil de resolver⁽¹⁰⁾.

2. Alimentos a los hijos.

Con la finalidad de evitar discusiones, asegurar un trato igual a los iguales y hacer más objetivo el cálculo de los alimentos, se ha publicado una disposición federal (*Federal Child Support Guidelines*, 1996), que contiene unas Tablas, ligeramente distintas para cada Provincia, fijando la cuantía de los alimentos en función del número de hijos y de los ingresos. Estas Tablas son el resultado de estudios económicos y estadísticos sobre el gasto medio en hijos, para familias con diversos niveles de ingresos⁽¹¹⁾.

El nuevo sistema, que ha entrado en vigor el día 1 de mayo de 1997, introduce también cambios en el tratamiento fiscal de las pensiones alimenticias: las exime del impuesto (*income tax*) para el receptor, en contra de la normativa anterior, pero no las considera gastos deducibles para el pagador.

⁽¹⁰⁾ En Canadá algunos casos de visitas conflictivas pueden verse facilitados por la existencia de Centros de Visitas Supervisadas.

⁽¹¹⁾ Para dar una idea: en Ontario, una de las Provincias más prósperas, el gasto alimenticio en un hijo cuando el padre tiene \$40.000 de ingresos, se estima en \$345 al mes. Para \$50.000 y dos hijos, \$700 al mes, etc.

La casuística de las Tablas es compleja, y de aquí que se haya creado un Servicio de información telefónica para que el público pueda consultar su caso particular⁽¹²⁾. Hay que tomar en cuenta muchos factores (tiempo de vacaciones que permanecen los menores con el pagador, casos de custodia dividida⁽¹³⁾, de custodia compartida, etc.). Y luego está la gran incógnita que representa la determinación, con exactitud, de los ingresos; cuestión que depende en última instancia de la apreciación del Tribunal.

3. Alimentos al cónyuge.

La evolución de los alimentos entre cónyuges partió de una situación anterior en la que solamente la mujer tenía derecho a pedir alimentos (y sólo cuando el marido era culpable de adulterio, crueldad, o abandono), hasta llegar a la situación actual, caracterizada por el derecho recíproco de los cónyuges a pedir-se alimentos, en razón de necesidad no de culpabilidad.

El sistema legal varía por Provincias. En general, en caso de divorcio se admite una pensión compensatoria con pagos periódicos (no el pago de una suma alzada de capital), en favor del cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas⁽¹⁴⁾, tomando en consideración para graduarla: el tiempo de convivencia, el deterioro que el trabajo doméstico haya supuesto en la capacidad para encontrar empleo, la carga de los hijos pasada y futura, los recursos con que cuenta, etc.

La cuantía no dependerá de la conducta culpable del demandado, salvo que ésta haya sido “tan inconsciente que constituya un obvio y grosero repudio de la relación”.

Alguna sentencia parece sugerir que la compensación no debiera ser completa, pues por un lado depende de la capacidad de pago del deudor, y por otro, de si la decisión de renunciar en su día a la vida laboral (para dedicarse a la doméstica) también fue tomada por el cónyuge que pide la compensación, debiendo asumir una parte del riesgo resultante.

(12) También por Internet (dirección: <http://canada.justice.gc.ca>).

(13) La custodia dividida consiste en que cada padre tiene consigo a algún hijo, cuando el matrimonio tiene dos o más hijos.

(14) “La ayuda económica —dice el TS de Canadá en *Moge v. Moge*— debe basarse en principios de compensación puesto que la división de funciones entre los esposos, ganando uno un salario y atendiendo el otro la casa, crea casi indefectiblemente una necesidad económica en uno de ellos.”

La pensión compensatoria no se extingue **automáticamente** al casarse de nuevo el cónyuge acreedor o vivir maritalmente con otra persona, debiendo ponderar el Juez las circunstancias de cada caso. Lo normal será que se declare extinguida.

4. Comentarios finales.

La legislación que acabamos de resumir tiene diversos aspectos sugestivos que podrían destacarse:

- I. Nos ofrece un repertorio bastante completo (diez modalidades distintas) del régimen de participación de bienes. Lo que constituye un excelente campo de estudio de las ventajas e inconvenientes de cada variante. Entrar en este estudio hubiera exigido un conocimiento de la jurisprudencia de cada Provincia que no podemos emprender por no disponer del necesario material bibliográfico.
- II. El método de cuantificación de los alimentos por medio de Tablas estadísticas, aunque es todavía prematuro emitir un juicio dado que se trata de una reforma legislativa reciente, contribuirá seguramente a aminorar los litigios y a unificar los criterios (en forma parecida a lo acontecido en España con la introducción de las Tablas para fijar las indemnizaciones a víctimas del automovilismo). En el mundo actual un baremo estadístico es una guía tan buena y objetiva como otrora lo fueron los juicios de valor introducidos jurisprudencialmente.
- III. Los Tribunales de Canadá han desarrollado una abundante jurisprudencia sobre un tema importante que entre nosotros no ha sido bien estudiado. Nos referimos al derecho (o libertad) del cónyuge custodio divorciado para cambiar de residencia, aunque dificulte con ello o incluso haga prácticamente imposible el derecho de visita del otro. El resumen sobre el estado de la cuestión en Canadá, puede encontrarse en *Mac Gyver v. Richards* (1995), caso resuelto por el Tribunal de Apelación de Ontario, que proclamó, sin titubeos, el derecho de la madre que tenía la custodia de los hijos a cambiar de residencia, aunque esta decisión interfiriera en el derecho de visita del otro y aunque la relación de éste con los hijos fuera buena. Pensar otra cosa —razona la sentencia— sería convertir la custodia de los hijos en una pena de confinamiento, y poner en pie de igualdad la responsabilidad del progenitor que tiene la custodia y la del que no la tiene, siendo así que son más importantes para la vida de los hijos, cuyos intereses deben prevalecer, las decisiones del cónyuge custodio, siempre que no haya abuso o mala fe.

IV. En Canadá se hace un uso más liberal que en Inglaterra del llamado “*remedial constructive trust*”⁽¹⁵⁾ para corregir situaciones de enriquecimiento injusto en relación con la vivienda conyugal. Si ésta pertenece a uno sólo de los cónyuges, es frecuente que el Tribunal considere al propietario como “*trustee*” de su cónyuge, siempre que éste haya contribuido durante la convivencia, ya con alguna aportación dineraria (no necesariamente para la compra de esa vivienda, sino para atender cargas familiares en general), ya con tareas domésticas que “aligeraron la carga de mantenimiento” a que en otro caso hubiera tenido que hacer frente el cónyuge propietario.

(15) Si la aportación se hizo para comprar la vivienda, y esta última se puso a nombre del otro, pero los dos se consideraban propietarios, habría un “*resulting trust*”, porque el *trust* resulta o se deduce de la intención de las partes manifestada en hechos concluyentes. El “*constructive trust*”, en cambio, surge de algún enriquecimiento injusto no intencional. Para el concepto de esta institución cfr. el trabajo “El Divorcio en Inglaterra”, en esta misma Revista, enero de 1999.

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.

CONFLICTO ENTRE EL DERECHO TRIBUTARIO Y EL DERECHO DE FAMILIA

Javier López y García de la Serrana.

Abogado. Secretario del Grupo de Abogados de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de Granada.

La reforma de la Ley General Tributaria operada por la Ley 25/1995 estableció el carácter reservado de los datos obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones y sólo autorizaba la cesión de dichos datos a los órganos jurisdiccionales en los casos de investigación o persecución de delitos públicos.

En la redacción dada a la Ley General Tributaria por la Ley 25/1995, a través de su artículo 113.1, se enumeraban los casos en los que era posible la cesión de datos y por tanto se establecía una excepción al principio general del uso exclusivo de los datos en la efectiva aplicación de los tributos. Los supuestos contemplados eran los siguientes:

- a) *La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.*
- b) *La colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de su competencia.*
- c) *La colaboración con la Tesorería General de la Seguridad Social para el desarrollo de sus fines recaudatorios.*
- d) *La colaboración con otras Administraciones públicas en la lucha contra el fraude en la obtención de ayudas públicas.*
- e) *La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación.*

Quedaba claro que, en principio, la Administración Tributaria no podía ceder los datos sobre la renta y el patrimonio de personas físicas o jurídicas solicitados por los órganos jurisdiccionales en los juicios sobre separaciones, divorcios, nulidades, etc., motivo por el que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria comenzó a negar por aquel entonces, a los **juzgados de familia** en concreto, y al resto de órganos jurisdiccionales, los datos sobre la renta y el patrimonio de personas físicas o jurídicas que éstos juzgados le solicitan.

Para la fijación en los asuntos matrimoniales de la contribución a las cargas del matrimonio, alimentos, o para la fijación de la pensión compensatoria, es imprescindible en muchos casos, que la Administración Tributaria facilite los datos sobre las rentas del cónyuge, porque en caso contrario sería muy difícil conocer las rentas de un empresario o un profesional independiente y consecuentemente saber con qué cantidad sería justo que contribuyera, y así mismo será muy difícil la ejecución de una sentencia que establezca un porcentaje sobre los rendimientos netos del cónyuge, como contribución a las cargas del matrimonio, alimentos, o pensión compensatoria. Por todo esto, determinados autores entendían que la redacción dada al art. 113 de la Ley General Tributaria por la Ley 25/1995 era claramente inconstitucional, por cuanto suponía un obstáculo legal insalvable para el ejercicio de la jurisdicción y que el asunto podría terminar en el Tribunal Constitucional.

Con posterioridad, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social vino a solucionar parcialmente el problema, pero solo con respecto a los menores e incapacitados, al introducir el apartado “f” en el art. 113.1 de la LGT, haciendo posible la cesión de datos cuando se tenga por objeto:

“f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.”

Desde entonces los Juzgados, sobre todo los de familia, están haciendo valer el apartado f) del art. 113 de la LGT, pero qué pasa cuando no están en juego los derechos e intereses de los menores o incapacitados, qué ocurre con la pensión compensatoria o con los alimentos a favor de hijos mayores de edad; este desamparo que sufrimos en ocasiones es consecuencia de la contradictoria regulación legal vigente en nuestro actual sistema jurídico. Por un lado, el artículo 113 de la Ley General Tributaria, en el que como ya se ha dicho viene basándose constantemente la Administración Tributaria para negar información, otorga el carácter de “reservado” a los datos, informes, o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos referidos anteriormente. Sin embargo, en otro plano bien distinto se encuentra el artículo 118 de la Constitución Española que establece literalmente: “Es obli-

gado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de jueces o tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de la sentencia”.

Si este precepto constitucional no deja dudas sobre el deber de colaboración con la justicia, más preciso aún es el **artículo 11.2.d) de la Ley Orgánica 5/1992** de 29 de octubre sobre Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. La citada Ley Orgánica, como su propio nombre indica y como se desprende del contenido de su exposición de motivos, tiene como finalidad hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos. En el párrafo primero de dicho artículo 11 se establece que: “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado de datos solo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado”. Pero en el párrafo segundo, letra d), del mismo artículo se establece que **ese consentimiento no será necesario: “Cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas.”**

En este sentido y en favor del desconcierto que se sufre como consecuencia de la aplicación por parte de la Agencia Tributaria del artículo 113.1 de la LGT, sería conveniente advertir o al menos recordar al citado organismo que dicha negativa es totalmente contraria a derecho, puesto que el contenido del citado precepto está claramente en contradicción con el artículo 11.2.d) de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos, y al tener la mencionada ley el carácter de orgánica, es superior en rango a la Ley General Tributaria y por tanto debe ser la ley a aplicar preferentemente.

Por último, el Legislador ha dado de nuevo una solución parcial al problema con la Ley 40/1998 del nuevo IRPF, la cual introdujo a última hora la Disposición Adicional Decimoquinta, que no venía contemplada en el Proyecto de Ley; dicha disposición adicional introduce un nuevo apartado en el art. 113.1 de la LGT, es el apartado h), que hace posible la cesión de datos por parte de la Administración Tributaria cuando esta tenga por objeto:

“h) La colaboración con los Jueces y Tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.”

Este apartado h) soluciona el problema de la ejecución de las sentencias que establezcan un porcentaje sobre los rendimientos netos del cónyuge, como contribución a las cargas del matrimonio, alimentos, o pensión compensatoria, dado que para determinar la base del porcentaje fijado por la sentencia firme sí se podrá recabar datos a la Agencia Tributaria, pero sigue sin dar solución a la situación que se produce cuando esos datos son necesarios para basar la sentencia, no para ejecutarla. Para la fijación de la contribución a las cargas del matrimonio, alimentos, o para la fijación de la pensión compensatoria, cuando ésta se establece en una cantidad determinada y no en un porcentaje, es imprescindible que la Administración Tributaria facilite los datos sobre las rentas del cónyuge con carácter previo a la Sentencia para poder basar ésta en dichos datos, porque en caso contrario sería muy difícil conocer las rentas de un empresario o un profesional independiente y consecuentemente saber con qué cantidad sería justo que contribuyera. Y en este sentido el art. 113.1 de la LGT sigue poniendo impedimentos.

Con la reforma operada al art. 113 de la LGT, que al introducir el apartado h) soluciona el problema de la obtención de datos tributarios para la ejecución de sentencias, y con la modificación que entró en vigor el día 1 de enero de 1997 por la que se introdujo el apartado “f”, que resolvió parcialmente el problema de obtención de datos fiscales cuando estuviesen en juego los derechos de los menores e incapacitados, se va reduciendo la problemática, aunque **sigue sin darse solución al problema de obtención de datos tributarios en el curso del proceso para poder fijar en sentencia una cantidad determinada, y no un porcentaje, para la pensión compensatoria del cónyuge o para la pensión por los alimentos a favor de hijos mayores de edad**; dado que en este caso no le es de aplicación ni el apartado f), previsto para los menores e incapacitados, ni el h), referido a la ejecución de sentencias firmes. En este sentido sigue sin cumplirse en su totalidad el mandato constitucional previsto en el artículo 118 de la Constitución Española que, como se ha dicho anteriormente, establece literalmente: **“así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso”**.

Por ello, cabría invitar al legislador a replantearse de nuevo, con la mayor brevedad posible, una nueva redacción del citado art. 113 de la LGT, pues la actual no tiene otro resultado que dilatar aún más los procedimientos y supone una traba importante con la que se encuentran los juzgados de familia, a los que no se les quiere facilitar esos datos por considerarlos como reservados y personales, poniendo en duda o evidencia la seriedad con la que los citados juzgados manipulan la referida información, siendo los mismos la mejor y mayor garantía de respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Estas consideraciones también son extrapolables a otras materias del derecho civil; tenemos el caso de la reforma que la Ley 51/1997 de 27 de noviembre, sobre Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución,

realizó en el artículo 1454 de la LEC, argumentada, según su exposición de motivos, en la constatación de la impresión entre los ciudadanos de que las reclamaciones judiciales son inefectivas y que la responsabilidad prevista en el artículo 1911 del Código Civil no es realmente tal cuando el deudor no tiene solvencia pública, por lo que dicha reforma vino a suponer un espaldarazo a la investigación de los bienes de los ejecutados al establecer en el último inciso del párrafo cuarto de dicho artículo: “En particular, si así se solicitare, el Juzgado recabará tal información de la correspondiente autoridad tributaria o de la seguridad social”.

Sin embargo, con la Ley 66/1997 de 30 de diciembre sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, *el legislador vino a echar marcha atrás, sólo un mes después de aprobada la modificación del art. 1454 de la LEC, al introducir un último inciso en el apartado 1.º del 113 de la LGT, que dejaba sin utilidad, en cuanto a la información a recabar de la autoridad tributaria, la reforma operada un mes antes, dado que se decía: “Lo establecido en el último inciso del párrafo cuarto del artículo 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente será de aplicación en los supuestos previstos en las letras a) y f) de este apartado”.*

Según esta reforma de 30 de diciembre de 1997, estaríamos ante el absurdo de que para solicitar información a la Agencia Tributaria en un juicio ejecutivo, en base a lo preceptuado en el art. 1454 de la LEC, habría que justificar que en ese juicio ejecutivo se está investigando o persiguiendo un delito público [supuesto previsto en la letra a) del apartado 1.º del art. 113 de la LGT], o que en ese procedimiento ejecutivo está en juego la protección de los derechos e intereses de un menor o un incapacitado [supuesto previsto en la letra f) del apartado 1.º del art. 113 de la LGT]. Nada más absurdo e incoherente, motivo por el que **el Legislador se ha visto en la imperiosa necesidad de suprimir, un año después, el último inciso del art. 113.1 de la LGT establecido por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre.** Por ello, con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 40/1998 del nuevo IRPF se ha venido a solucionar ese error, dado que en la nueva redacción que dicha Disposición Adicional da al art. 113.1 de la LGT, se excluye el referido párrafo introducido por la Ley 66/1997, y **por tanto la aplicación del párrafo cuarto del art. 1454 ya no tiene ningún límite.**

**CRITICA DEL PROYECTO DE LEY DE
ENJUICIAMIENTO CIVIL RESPECTO A LA
REGULACION DE LA RECONVENCION EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE SEPARACION Y DIVORCIO**

Sergio Blanco Sedano.

Abogado.

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la regulación de los procedimientos de separación y divorcio, admite críticas. Todo es mejorable y el presente Proyecto no podría ser menos. Me referiré tan solo a la reconvencción que se establece en la regla 1.^a del artículo 772.

De todas formas, no quisiera pasar la oportunidad para quejarme amargamente del trato que a estos procedimientos dedica la Exposición de Motivos del mismo. En su Motivo XIX y en tan solo 8 líneas despacha esta materia con desgana, apatía y contenido hueco o plano, como si la especialidad del concreto proceso fuera la de ser un “procesillo”, desconociendo que la especialidad de los mismos radica en que tras ellos existe un eminente y principal componente humano como no se da en cualquier otro proceso. No es que se juzguen comportamientos o conductas de donde se extraiga una conclusión de culpabilidad, pero sí se gira en torno a ellas, se conocen y se valoran.

Volviendo al tema que nos ocupa, la citada regla 1.^a del artículo 772, la cual entiendo debería ser modificada, dice: “Solo se admitirá la reconvencción cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación o al divorcio o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio”.

La reconvencción, según la redacción dada, opera en dos direcciones: a) reconvencción respecto a las causas que puedan dar lugar a la separación o al divorcio, y b) reconvencción respecto a las medidas definitivas que el precepto cita. De tal forma que puede existir reconvencción respecto a las causas pero no respecto a las medidas definitivas que señala y viceversa, o reconvencción en ambas direcciones que será lo habitual.

1. Reconvención respecto a las causas.

El antecedente remoto del proyecto lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 50 de la Ley del Divorcio de 1932 ⁽¹⁾, y el antecedente próximo en la actual Disposición Adicional 5.ª, letra e), de la Ley 30/1981 de 7 de julio. Admitida la vigencia de la reconvención, con ella deberemos convivir. Pero ello no es motivo suficiente para desechar su crítica e intentar en definitiva su modificación, o más bien su erradicación del proyecto. Los motivos son los siguientes.

a) Distinción entre reconvención respecto a las causas y respecto a la acción.

Ya se ha dicho que la reconvención en cuanto a las causas de separación y de divorcio está ahí y a ella debemos atenernos, pero conviene citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 1998, que aunque no versa sobre un asunto matrimonial, sí recoge la doctrina general sobre la figura de la reconvención, de la cual dice que es "...una acción nueva que se interpone por el demandado y se sustancia en el mismo proceso y decide en la misma sentencia que la acción ejercitada por el demandante y puede ser implícita cuando en el suplico de la contestación se contiene cualquier petición que no se limite a pedir que se le absuelva...", de la acción del demandante, añade. En los presentes procesos la acción que se ejercita es de separación o de divorcio, y siguiendo con la anterior doctrina del Tribunal Supremo, habrá reconvención cuando el demandado conteste solicitando la estimación del otro tipo de acción. Esto es, uno de los cónyuges ejerce la acción de separación y el otro la de divorcio.

Hablar de reconvención respecto a las causas que pueden originar una separación o divorcio es igual que hablar de reconvención respecto a los hechos en que se basa la acción, pero no de reconvención respecto a la acción. Y una cosa que tenemos que tener clara es la acción que se ejercita, y otra las causas que se alegan y que la sustentan. La acción que se ejercita es la de separación o de divorcio, las causas que se alegan las establecidas en los artículos 82 y 86. Se debe de admitir la reconvención cuando en la contestación a la demanda se plantea una acción nueva, pero no cuando la acción es la misma pero por distintas causas, ya que en este último supuesto cada parte tendrá, en el período probatorio, la posibilidad de probar y desvirtuar las distintas causas alegadas sin que ello origine indefensión alguna. No obstante, y por si existiere algún género de dudas en cuanto a una posible indefensión de parte, esta puede ser cubierta por las amplias facultades que el artículo 772.3 del proyecto otorga al Juez, en

(1) *"...No se admitirá reconvención que no estuviere fundada en alguna de las causas establecidas en el artículo tercero".* Este último establecía trece causas de divorcio.

orden a “acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia” de la causa de la separación o del divorcio.

b) Sistema causal, no culpable.

Sabemos que el sistema anterior a la Ley 30/1981 de 7 de julio, se basaba en la concurrencia de la culpa de la separación en uno de los cónyuges. El sistema implantado por la referida ley significó el abandono del anterior criterio de la culpa, para pasar a comprobar la existencia de la causa objetiva de la separación o del divorcio. Se ha pasado pues, de un sistema subjetivo de la culpa, a un sistema objetivo de la causa. Bastará comprobar la existencia de la causa para conceder la separación o el divorcio, sin que la culpabilidad de uno de los cónyuges signifique algo añadido o que tenga un reflejo especial en la sentencia de separación o divorcio, que se concede tras la comprobación de la existencia de causa para ello. Y si la culpa ya no tiene reflejo en la propia sentencia, fuera del campo estricto de los procesos matrimoniales y derivados de estos, tampoco. Una reminiscencia del antiguo sistema subjetivo de la culpa la encontramos en el artículo 834 del Código Civil: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto...” El texto transcrito, que data de la primera edición del Código Civil ⁽²⁾, debe ser interpretado acorde con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado —artículo 3.º del Código Civil—, y la realidad social actual, y por supuesto legal, es el abandono del criterio de la culpa en uno de los cónyuges ⁽³⁾.

c) Pérdida de la “affectio maritalis”.

Y en última instancia, establecer la reconvencción tal y como figura en el proyecto, es desconocer la abrumadora jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales que justifican la separación no en la comprobación exhaustiva de las causas alegadas por los cónyuges sino en la pérdida de la “affectio maritalis” que se pone de manifiesto incluso en los escritos de demanda y de contestación. Y en este sentido, citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de fecha 1 de julio de 1998: “En cualquier caso, la voluntad concorde de separación manifestada por ambos cónyuges en sus respectivos escritos expositivos evidencia una ausencia de la ‘affectio maritalis’ con entidad suficiente para su encuadre entre ‘cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales’ a que alude el art. 82.1 del Código Civil, sin necesidad de entrar en

(2) La redacción actual del citado artículo 834 viene dada por Ley de 24 de abril de 1958, que entre otros, sustituye el término divorcio contemplado en la primera edición del Código, por el de separación.

(3) Ciertamente que de la concurrencia de la causa siempre existe un culpable. Pero la Ley se conforma con la comprobación de la concurrencia de la causa, sin achacar a ninguno de los cónyuges la culpa de la misma.

un examen de conductas concretas que podría dar lugar a mayores tensiones y dificultar las futuras relaciones que necesariamente habrán de mantener los litigantes... (4)”.

Si el resultado final es este, como así debe ser, no se entiende el por qué del establecimiento de una reconvencción que se dirige a probar causas, y además a achacar culpabilidades, cuando en última instancia la sentencia acogerá la petición separatoria de ambos cónyuges por pérdida de la “affectio maritalis” sin necesidad de la constatación exhaustiva de la o las causas que produjeron dicha pérdida. Lo que nos lleva al tema de la inclusión de la misma como causa de separación, que si bien acogida por los Tribunales no lo es por el Código Civil, y consecuentemente, a considerar su necesaria modificación en materia referente a las causas de separación y divorcio, que tras 19 años de vigencia se presenta en la actualidad obsoleta, además de con evidentes defectos técnicos, habiendo desaparecido los condicionamientos socio-políticos que se dieron en nuestro país al tiempo de su publicación.

2. Reconvencción respecto a las medidas definitivas.

Su introducción representa una novedad del Proyecto respecto a la regulación de la reconvencción en la vigente Disposición Adicional 5.^a, letra e), de la Ley 30/1981 de 7 de julio. En esta tan solo se admite la reconvencción respecto a las causas que dan lugar a la separación o al divorcio, sin referirse en ningún momento a las medidas definitivas.

El proyecto la delimita de la siguiente forma: “...cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio”.

Cabe efectuar una primera crítica. De la lectura del anterior párrafo se pudiera desprender o entender que existen dos tipos de medidas sobre las que se admite reconvenir: a) las no solicitadas en la demanda, y b) aquellas otras sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio. Entiendo por el contrario que el párrafo es todo uno y se está refiriendo a un único tipo de medida definitiva, y que no es otra que aquella sobre la que de oficio no deba pronunciarse la Sentencia, esto es, aquellas medidas que son rogadas. Pese a que lo anterior me parece claro, entiendo que de mantenerse la presente reconvencción debería especificar y aclarar que de lo que está hablando es solo de la pensión compensatoria.

(4) *La expresión pérdida de la “affectio maritalis” ya fue utilizada por las sentencias de fecha 14 de noviembre y 26 de diciembre de 1932, y la de 5 de mayo de 1.933. Tras la Ley de 7 de julio de 1981, y en el mismo sentido que la citada en el texto, señalar a modo de ejemplo las dictadas por las siguientes Audiencias Provinciales: de Guadalajara la de fecha 29 de julio de 1996; de Tenerife la de fecha 10 de mayo de 1996; y de Madrid la de fecha 19 de enero de 1996.*

Del texto del Proyecto se desprende que existe una primera exclusión legal de la posibilidad de reconvenir, cuando las medidas solicitadas en demanda sean de aquellas que de oficio el Juez debe adoptar, y estas no son otras que las señaladas en el artículo 91 del Código Civil.

Existe una segunda exclusión legal de la posibilidad de reconvenir, cuando la medida, de ser acordada, lo sea a instancia de parte, no de oficio, y a su vez ha sido solicitada por la parte actora en su escrito de demanda.

En otras palabras, existe reconvencción cuando el demandado solicita la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, siempre y cuando el actor no la haya solicitado en su demanda. Solicitando este último la referida pensión, y solicitándola también la parte demandada en su escrito de contestación, no existe reconvencción. Y si esto es así, el proyecto debería ser corregido en este sentido, evitar interpretaciones y citar claramente la reconvencción respecto a la pensión compensatoria.

Lo que no se entiende es el por qué ha de limitarse la reconvencción tan solo a la pensión compensatoria y no al resto de medidas que con el carácter de definitivas se solicitan. El que sean medidas que se dictarán de oficio no es argumento suficiente si enlazamos la petición de parte con una posible indefensión de la otra, a la que se priva de su contestación por medio de la reconvencción —recuérdese que en cuanto a las causas sí se admite la reconvencción—. Esas medidas se dictarán de oficio tanto si son pedidas por las partes aunque con distinto contenido, como si son pedidas por uno de los cónyuges, pero de aquí a privar a la otra parte de contestar a la otra hay mucha diferencia.

Y el anterior argumento sirve no para defender la reconvencción a todas las medidas solicitadas, sino al contrario. Si para el grueso de medidas, las de oficio, no se admite reconvencción, no se entiende su establecimiento tan solo para la pensión compensatoria. Nuevamente, como sucedía en cuanto a las causas, en período probatorio cada parte intentará probar o desvirtuar el objeto de debate. Y de igual forma, por si hubiere algún género de dudas en cuanto a una posible indefensión de parte, el citado artículo 772.3 del proyecto concede amplias facultades al Juez para que de oficio acuerde la prueba que estime oportuna en orden a la determinación de las medidas.

3. Conclusión.

Admitiendo en todos y en cada uno de los procesos de separación y divorcio la reconvencción tal y como el proyecto recoge, está asegurada la dilación en el tiempo de los mismos, que por la materia que en ellos se trata deberían ser

resueltos, incluso por una mínima ética social, sin dilación y de forma prioritaria ⁽⁵⁾.

Se dice por la doctrina que la regulación actual de la separación y del divorcio constituye un sistema remedio ante el fracaso matrimonial. Pero de nada sirve admitir una reconvencción que necesariamente se orienta en dirección contraria: a fomentar, aún más si cabe, el distanciamiento de los cónyuges, a constituir un foco más de tensiones, cuando de lo que se trata, o lo que se debería intentar, es allanar las dificultades y aplacar en lo posible aquellas tensiones. En definitiva sentar las bases de una mínima relación que siempre va a existir, sobre todo cuando hay hijos comunes.

Se puede admitir la reconvencción pero con otro significado. Debería admitirse solo en el supuesto de ejercitar por medio de ella otra acción, no para alegar otras causas o solicitar otras medidas. Esto es, si el demandante solicita la separación, la reconvencción será empleada por el demandado para requerir el divorcio, o viceversa.

Ya por último, apuntar la necesidad de una modificación en profundidad de la actual legislación sobre separación y divorcio, acorde con la evolución experimentada por la sociedad española en estos 18 años. Posiblemente este sería un buen momento. Se coordinaría el derecho material con el procesal, con lo que se evitarían los tradicionales parches modificativos, ejemplo de los cuales son las actuales proposiciones de ley de 16 de noviembre de 1998, del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, y de 14 de diciembre del mismo año, del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, ambos sobre la reforma del Código Civil en materia de procesos de separación y divorcio cuando tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges.

⁽⁵⁾ Ya la Orden de 28 de julio de 1932 decía: “*que los pleitos de separación o de divorcio [...]deben ser considerados como negocios con carácter de urgencia...*”.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 18/1999, DE 18 DE MAYO, DE MODIFICACION DEL ARTICULO 9, APARTADO 5, DEL CODIGO CIVIL

(BOE NUM. 119, DE 19 DE MAYO DE 1999)

EXPOSICION DE MOTIVOS

La adopción internacional es una institución que por causas bien conocidas ha experimentado un notabilísimo aumento en los últimos años. La preocupación sobre los problemas inherentes a esta institución y la finalidad de evitar actuaciones privadas abusivas han inspirado el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por muchos países, entre ellos España (“Boletín Oficial del Estado” de 1 de agosto de 1995). El Convenio tiende a asegurar la protección del niño mediante la intervención necesaria en todo el proceso de constitución de la adopción de las autoridades centrales u organismos acreditados del Estado de origen y del Estado de recepción.

Ahora bien, por más que la adopción constituida por españoles en el extranjero se haya ajustado a las directrices del Convenio no puede evitarse que existan diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y los que produce esta institución en España. Incluso cuando la adopción haya sido certificada conforme al Convenio (artículo 23) su reconocimiento obligado en España no puede llegar a transformar automáticamente una adopción simple en una adopción con pleni-

tud de efectos como es la española. Así tiene que admitirlo el mismo Convenio de La Haya que en su artículo 27 prevé la conversión de la adopción en el Estado de recepción.

Actualmente en el plano nacional el reconocimiento de efectos en España de la adopción constituida en el extranjero está regulado por el artículo 9, apartado 5, inciso final, del Código Civil, redactado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En virtud de esta norma se establece, de un lado, que no será reconocida en España la adopción constituida en el extranjero mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuere español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción, y se añade, de otro, que “...no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por el adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”.

La conclusión del legislador es acertada cuando la institución extranjera no suponga el establecimiento de una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado o cuando éste mantenga sus vínculos con la familia

biológica anterior. Pero la solución no es nada segura cuando la no correspondencia de efectos se produce porque la adopción extranjera es revocable a solicitud del adoptante durante la minoría de edad del hijo adoptivo. Si ésta es la única diferencia entre la adopción extranjera y la española parece justo abrir algún camino para que, sin necesidad de que la adopción se constituya “ex novo” en España por vía judicial, pueda reconocerse eficacia en nuestro ordenamiento a tales adopciones extranjeras.

Esta es la finalidad exclusiva de la presente Ley. Si por comparecencia ante el encargado del Registro Civil o en otro documento público el adoptante o adoptantes españoles renuncian expresamente al derecho que les concede la ley extranjera para revocar la adopción, ya no se ven obstáculos para que ésta pueda ser reconocida en España e inscribirse en el Registro con todos los efectos derivados de esta inscripción.

Artículo único.—Se añade un párrafo final al apartado 5 del artículo 9 del Código Civil con el siguiente texto:

“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.”

DISPOSICION TRANSITORIA

Unica.—Lo dispuesto en la presente Ley será también de aplicación a las adopciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor.

DIPOSICION FINAL

Unica.—La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

ARAGON: LEY 6/1999, DE 26 DE MARZO, RELATIVA A PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

(BOA NUM. 39, DE 6 DE ABRIL DE 1999)

PREAMBULO

La sociedad española en general, y la aragonesa en particular, viene demandando, desde hace tiempo, la regulación normativa de las llamadas parejas de hecho. Desde que en 1982, y auspiciado por el Consejo de Europa, se celebró el primer y único Congreso sobre parejas no casadas, son muchos los países de la Unión Europea que, de una forma u otra, han ido adaptando sus respectivas legislaciones a este fenómeno convivencial, tendiendo a equiparar, total o parcialmente, a estas parejas con los matrimonios.

En España, aunque ya existe alguna tímida regulación normativa al respecto, como es el caso de la nueva Ley de Arrendamien-

tos Urbanos, en los últimos años están siendo los tribunales de justicia, y, en especial, el Tribunal Constitucional, quienes vienen aplicando soluciones coyunturales o de emergencia a los casos concretos que se les plantean; soluciones que no acaban de satisfacer por entero a nadie, porque no parece que haya de ser la Justicia la que deba sustituir en este aspecto al legislador, que es a quien constitucionalmente le viene atribuida la facultad normativa y a quien compete resolver, mediante el oportuno tratamiento legislativo, las cuestiones que estos tipos de convivencias provocan. Por otra parte, junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja ho-

mosexual en convivencia marital estable, está dejando de ser también algo extraño y marginal. El principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base del Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad.

Se trata en ambos casos de un fenómeno creciente, generalmente aceptado y asumido por la sociedad, cuya marginación legislativa no hace sino generar problemas de muy difícil solución, cuando no provocar importantes injusticias: en unos casos, para los propios miembros de la pareja; en otros, y esto es mucho más grave, para la prole nacida de la misma. Desconocer el fenómeno desde el punto de vista legislativo no conlleva sino agravar esas situaciones de desamparo e injusticia que hoy sólo tratan de atajar los Tribunales de Justicia. Por otra parte, y aun cuando el legislador español trata de regular el fenómeno desde un punto de vista general, dadas las singularidades que el ordenamiento civil aragonés tiene, parece que las Cortes de Aragón no pueden en estos momentos orillar el especial tratamiento que estos tipos de convivencias han de tener en nuestra Comunidad. Ello es lo que de forma especial justifica esta Ley.

Artículo 1.º Ambito de aplicación.— La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal.

Art. 2.º Registro administrativo.— Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera.

Art. 3.º Existencia de pareja estable no casada.—1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Art. 4.º Requisitos de capacidad.— No podrán constituir una pareja estable no casada de las reguladas en la presente Ley: a) Los que estén ligados con vínculo matrimonial. b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado. d) Los que formen pareja estable con otra persona.

Art. 5.º Régimen de convivencia y normas de aplicación supletoria.—1. La convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos, siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón.

2. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición.

3. En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su manteni-

miento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda.

4. Ambos miembros de la pareja responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere el número anterior, si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan sólo responderá quien hubiera contraído la obligación.

Art. 6.º Causas de extinción.—1. La pareja estable no casada se extingue:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes. b) De común acuerdo. c) Por decisión unilateral. d) Por separación de hecho de más de un año. e) Por matrimonio de uno de sus miembros.

2. Cualquier miembro de la pareja estable podrá proceder, unilateralmente, a su revocación, notificándolo fehacientemente al otro.

3. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, se hubiera otorgado.

4. En caso de ruptura de la convivencia, las partes no pueden volver a formalizar una pareja estable no casada mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior.

5. La extinción de la pareja estable no casada implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

Art. 7.º Efectos patrimoniales de la extinción en vida.—1. En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente

perjudicado en los siguientes casos: a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada. b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste.

2. Al producirse la extinción de la convivencia por las causas previstas en el párrafo anterior, cualquiera de los convivientes podrá exigir al otro una pensión, si la necesitase para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. La pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen.

3. La reclamación por cualquiera de los miembros de la pareja de los derechos regulados en los párrafos anteriores deberá formularse en el plazo máximo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable no casada, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia.

Art. 8.º Prole común.—1. En el caso de ruptura de la convivencia por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, se estará, en cuanto a la guarda y custodia de la prole común y al régimen de visitas, comunicación y estancia, a lo que la pareja haya convenido. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea gravemente lesivo para cualquiera de los miembros o para la prole común.

2. En defecto de pacto, el Juez podrá acordar lo que estime procedente respecto a la prole común, en beneficio de los hijos y previa audiencia de éstos si tienen suficiente juicio o son mayores de doce años.

Art. 9.º Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.—En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho,

cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.

Art. 10. Adopción.—Las parejas estables no casadas heterosexuales podrán adoptar conjuntamente.

Art. 11. Representación del ausente.—En caso de declaración judicial de ausencia de un miembro de la pareja, a efectos de su representación y administración de su patrimonio, el otro ocupará la misma posición que el cónyuge, en los términos previstos en el artículo 8 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Art. 12. Delación dativa de la tutela.—En el supuesto de que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela.

Art. 13. Derecho de alimentos.—Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas.

Art. 14. Inexistencia de parentesco.—La pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro.

Art. 15. Testamento mancomunado.—Los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de con-

formidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa.

Art. 16. Pactos sucesorios.—Los miembros de la pareja estable no casada podrán otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa.

Art. 17. Fiducia.—Cada miembro de la pareja estable no casada podrá ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia de acuerdo con lo regulado en la legislación sucesoria aragonesa.

Art. 18. Normativa aragonesa de Derecho público.—Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Capitulaciones matrimoniales.—El régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada, pactado en escritura pública, adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio, si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura.

Segunda. Plazo de creación del Registro administrativo.—En el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley, la Diputación General de Aragón regulará por Decreto la creación y régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

DISPOSICION FINAL

Entrada en vigor de la Ley.—La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el “Boletín Oficial de Aragón”.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: LA PAREJA ROTA

*Autor: Luis Rojas Marcos. Psiquiatra
Espasa Calpe. Madrid, 1997.*

La crisis matrimonial tiene dos perspectivas bien diferenciadas, por un lado, deberá resolverse jurídicamente regulando las consecuencias que el cese de convivencia va a tener en las relaciones personales, patrimoniales y paterno filiales, en otro terreno, los sentimientos, los afectos, deberán recomponerse para adaptarse a la nueva situación que se empieza a vivir.

Nuestra preparación de juristas nos permite al menos intentar que la persona que se ha confiado a nosotros tenga garantizada una adecuada defensa de sus derechos. Sin embargo, no basta con que le expliquemos una y otra vez los aspectos jurídicos de la separación, sino que en muchas ocasiones tendremos que invadir el campo psicológico para darle algún consejo. La imagen está en la mente de todos, el cliente abatido, desesperado no se explica las cosas que están sucediendo y que están muy lejos de lo que jamás hubiese pensado.

La pareja rota, es una obra en la que se trata el difícil y a menudo penoso proceso de deterioro y muerte del amor entre el hombre y la mujer, esa enfermedad incurable que convierte a las parejas en personas incompatibles. Se describen las circunstancias previas, las causas y efectos, así como los posibles remedios, dolorosos pero eficaces, para la superación de la ruptura. En definitiva, se estudia la evolución de la conducta de la familia en la estructura social actual, los modelos de relación de pareja y el papel que desempeñan los hijos durante y después del conflicto.

Del autor, Luis Rojas Marcos, pocas cosas se pueden decir que aún no se conozcan. Su experiencia práctica en psiquiatría y como él mismo señala, su paso personal por estas situaciones —que hace descartar cualquier pretensión de superioridad moral— han hecho de la obra un perfecto y útil material de trabajo cuya lectura es recomendable tanto para el jurista como para su cliente.

TÍTULO: EL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NO MATRIMONIALES

*Autor: M.ª Begoña Fernández González. Profesora adjunta de Derecho Civil
en la Universidad San Pablo. CEU.
Dykinson. Madrid, 1998.*

Señala el art. 120 del Código Civil que la filiación no matrimonial puede determinarse legalmente por el reconocimiento del progenitor ante el encargado

del Registro Civil o en otro documento público. La aparente simplicidad de la norma esconde sin duda una cantidad ingente de problemas que tienen un correcto y adecuado tratamiento en la obra de la doctora M.^a Begoña Fernández González.

El catedrático y Magistrado del Supremo D. Xavier O'Callaghan, autor del prólogo de la obra, señala las pautas de esta problemática: ¿es preciso que el padre/madre reconocedor sea biológicamente padre/madre del hijo reconocido? Vamos por partes: es frecuente —en lo que cabe, claro está— que un hombre contraiga matrimonio con una mujer que tiene un hijo extramatrimonial, cuyo padre biológico nunca le ha reconocido; el enamorado marido reconoce como propio al hijo que sabe que no es (ni pudo ser, normalmente; nació antes de conocer a la madre) de él; puede haber y hay problemas: primero, si este matrimonio que empezó tan generosamente y con todo amor, acaba mal y como sabemos todos, el odio es el sentimiento más próximo al amor, en el enfrentamiento traumático de la crisis matrimonial el marido y seudopadre quiere destruir también aquella filiación; segundo, que el que quiere destruir la filiación reconocida es el verdadero padre de la criatura, aquel que en su día tuvo relaciones íntimas con la madre y, años después le renace (a veces, hartamente) sentimiento filial que le lleva a reclamar su paternidad y a impugnar la del pobre marido. Más cosas y casos: aquel que no ha querido o no ha podido (por faltarle alguna “conditio iuris”) reconocer al hijo extramatrimonial ¿puede obtener la determinación de la filiación por medio del ejercicio de una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, al amparo del art. 133, primer párrafo, del Código Civil? Éste atribuye legitimación activa “al hijo durante toda su vida”, no se refiere al padre/madre, aunque la jurisprudencia la ha extendido a éstos, para bien y para mal. Todas estas cuestiones y muchas más se abordan a lo largo de la obra.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

MÁLAGA

Durante los días 28 y 29 de mayo tuvieron lugar en el Salón de Actos del Centro Cultural Provincial, las I Jornadas de derecho de familia organizadas por la Delegación en Málaga de la Asociación de Abogados de Familia, con la colaboración de la editorial Lex Nova y de Citibank. Los temas desarrollados fueron los siguientes:

Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia matrimonial: D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Incumplimiento por parte del progenitor extranjero o español en la entrega de menores: Procedimiento a seguir: Ilma. Sra. D.^a Pilar González Vicente, Magistrada del Juzgado de Familia número 29 de Madrid.

Modificación y extinción de las medidas definitivas: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia número 5 de Málaga.

El levantamiento del velo en los procedimientos matrimoniales: D. Francisco Romero Román, Abogado del Ilustre Colegio de Málaga.

Violencia familiar: Soluciones legislativas. Intervenciones Judiciales. Estudio del artículo 158 del Código Civil: Ilma. Sra. D.^a Leonor Álvarez Santullano Planas, Jefa del Area de protección jurídica de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Ilma. Sra. D.^a Aurora Santos García de León, Magistrada del Juzgado de Instrucción número 4 de Málaga.

Los procesos matrimoniales en la segunda instancia: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez, Magistrado de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga.

SAN SEBASTIÁN

Los días 16 y 17 de septiembre tendrá lugar un curso monográfico sobre “La liquidación de la sociedad de gananciales”, organizada por Enfoque XXI y el Ilustre Colegio de Abogados de Guipuzkoa. Los temas y ponentes serán los siguientes:

Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación: D. Antonio J. Pérez Martín. Secretario del Juzgado n.º 5, de Familia, de Málaga.

Tratamiento fiscal de las liquidaciones. Especial referencia al nuevo I.R.P.F.: D. Iñiqui Núñez Zubillaga. Abogado. Especialista en Derecho Fiscal. Bufete Garrigues Andersen.

La problemática de la vivienda conyugal en la liquidación de la sociedad de gananciales: D.ª María Susana Moya Medina. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

La calificación dudosa de bienes y deudas: D. Angel Rebolledo Varela. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Aspectos procesales del procedimiento de liquidación: D.ª Pilar González Vicente. Magistrada-juez del Juzgado de Familia n.º 29 de Madrid.

SEVILLA

Durante los días 30 de septiembre y 1 de octubre tendrán lugar las IV Jornadas de Derecho de Familia, organizadas por Enfoque XXI y el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla con la colaboración de la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y ponentes serán los siguientes:

La prueba pericial médico-forense en los procedimientos de familia: D.ª María Angeles Sepúlveda García de la Torre, médico forense de los juzgados de Sevilla.

El nuevo IRPF: repercusión económica en las rupturas matrimoniales: D. Alfonso Polo Soriano, abogado e inspector de finanzas en excedencia.

La nulidad matrimonial: D.ª Mercedes Pigem Palmés, abogada.

La liquidación de la sociedad de gananciales ¿ejecución de sentencia, juicio de testamentaría o declarativo? Especial referencia al proyecto de la LEC.: D. Angel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Criterios judiciales de aplicación en las crisis matrimoniales: pensión compensatoria, alimentos y vivienda: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Presidente de la Audiencia Provincial de Asturias.

BARCELONA

Durante los días 6, 7, 8 y 9 de octubre de 1999 tendrá lugar un Congreso Internacional de Mediación Familiar organizado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. El programa será el siguiente:

Día 6 de octubre.

12,30 h. Conferencia. *La mediación familiar en Cataluña: presente y futuro:* D.^ª Núria de Gispert Català, Consejera de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

16,00 h. Conferencia. *Nuevas tendencias en mediación familiar:* D.^ª Marínés Suárez, Psicóloga y mediadora (Argentina).

16,45 h. Ponencias: Dr. D. Aleix Ripol Millet, Psicólogo y mediador en familias. Dr. D. Gonzalo Serrano, Psicólogo, Catedrático de psicología social de la Universidad de Santiago de Compostela. D.^ª Fe Benito, Psicóloga, Juzgados de familia de Valladolid. Moderador: D. Antoni Vidal Teixidor, Abogado y Vicepresidente de la Sección de Resoluciones Alternativas de Conflictos del Colegio de Abogados de Barcelona.

Día 7 de octubre.

9,30 h. Conferencia. *La mediación familiar en el derecho comparado:* Dr. D. Miquel Martín Casals, Catedrático de derecho civil de la Universidad de Girona.

10,15 h. Ponencias: Sr. D. Daniel Bustelo, Abogado, fundador de AIEF (Asociación interdisciplinaria de Estrategias de la Familia) y fundador del World Mediation Forum. Dra. D.^ª Elvira Alonso Rodríguez, Doctora en derecho de la Universidad de La Laguna. Moderador D. Francesc Muñoz Menero, Abogado y Presidente de la Sección de Derecho de Familia de la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona.

16,00 h. Conferencia. *Técnicas de intervención en la mediación familiar:* Dr. D. Aldo Morrone, Coordinador de los servicios de mediación de los juzgados de Quebec.

16, 45 h. Ponencias: D. Ignacio Bolaños, Psicólogo, Coordinador del equipo civil del SATAV (Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la

Víctima) del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Programa de formación en el Hospital de San Pablo de Barcelona. D.^ª Lisa Parkinson, Fundadora de Family Mediators Association. Miembro del comité editorial de la revista *Mediation Quarterly*. Inglaterra. D.^ª Silvia Hinojal, Abogado. Coordinadora del Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados de Madrid. Moderadora: D.^ª Montserrat Cima Mollet, Jefa del Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la Víctima del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

Día 8 de octubre.

9,30 h. Conferencia. *Mediación y efectos sobre la familia: investigación y experiencia práctica*: Dra. D.^ª Joan B. Kelly, Psicóloga. Northern California Mediation Center.

10,15 h. Ponencias: Ilma. Sra. D.^ª Mercedes Caso Señal, Magistrada del Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 19 (familia) de Barcelona. D. Vicente Ibáñez, Psicólogo, Gabinete psicosocial de los juzgados de familia de Madrid. D.^ª M. Ángeles Menéndez, Trabajadora Social del equipo civil del SATAV del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Moderadora D.^ª Consol Martí Baldelleu, Abogada y Presidenta de ACMA (Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje).

16,00 h. Conferencia. *Formación, habilidades y ética del mediador*: Dr. D. Donald T. Saposnek, Psicólogo, Director del Family Mediation Service California, Miembro del Comité Editorial de la Revista *Mediation Quarterly*.

16,45 h. Ponencias: D.^ª Angels Cabello, Abogada y psicóloga, Coordinadora del Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona. D.^ª Lia Mastropaolo, psicóloga y coordinadora Internacional del Programa de formación de mediación familiar del Hospital de San Pablo de Barcelona, Escuela Genovesa de Mediación familiar. D. Salvador Puntos, psicólogo, fundador de ACMA (Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje). Moderador: D. Antonio Coy Ferrer, psicólogo de los juzgados de familia, Colegio de Psicólogos de Andalucía occidental, mediador.

Día 9 de octubre.

9,00 h. Conferencia. *Mediación pública/mediación privada*: D. Bernolt Bastard, Sociólogo, Jefe de investigación del Centre National de la Recherche Scientifique (Francia).

9,45 h. Ponencias: D. Joseba Incháustegui Domínguez, Subdirector general de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña. Dra. D.^ª Trinidad Bernal, Centro de Resolución de Conflictos APSIDE. Moderadora: D.^ª Judith Asensio Coll, Jefa de la

Sección de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil de la Delegación Territorial de Tarragona del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

11,00 h. Mesa redonda: *La mediación: una nueva metodología profesional*. D. Luis Zarraluqui, Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia. Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Presidente de la Audiencia Provincial de Oviedo. D.^a Josefina Fernández Barrera, Diplomada en trabajo social y licenciada en derecho, Profesora de la Escuela Universitaria de Trabajo Social de Barcelona. D. Antonio Coy Ferrer, Psicólogo de los juzgados de familia. Colegio de Psicólogos de Andalucía occidental. Mediador-Modera-
dor: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado de la Sección 12.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Inscripciones: Centro de Estudios Jurídicos y formación Especializada: C/ Roger de Flor, núm. 196, 08013 Barcelona. Tel. 93 207 31 14.