

PRESENTACIÓN

La violencia familiar es una de las pocas noticias que lamentablemente continúan de actualidad en nuestro país y aunque ello ha servido para que, por fin, la sociedad empiece a concienciarse del tema, aún no se ha dado el siguiente paso para encontrar las soluciones adecuadas, porque, desde luego, la elaboración de informes, suscripción de convenios, realización de estadísticas, etc... poco o nada van a contribuir a ello, ya que al final la práctica nos enseña que en muchas ocasiones sólo se quedan en buenas declaraciones de intenciones.

Erradicar la violencia entre cónyuges o compañeros sentimentales implica una actuación a largo y a corto plazo. La educación de las personas en el respeto, la tolerancia, la igualdad, la responsabilidad, etc. impedirá que en el futuro aumente el número de agresores, pero conseguir esto no está lamentablemente en nuestras manos, se necesita una actuación política y social a nivel nacional e internacional que, desde luego, no parece estar entre las prioridades de los gobiernos.

Pero dejando a un lado las soluciones globales, en nuestro ejercicio profesional nos vamos a encontrar con más de un caso de violencia familiar en el que el cónyuge o conviviente agredido necesita una solución personal e inmediata. ¿Qué solución le ofrece actualmente el ordenamiento jurídico? En vía penal, la presentación de una denuncia. En vía civil, la solicitud de unas medidas provisionalísimas. Pero en ambos supuestos, después de efectuar la correspondiente denuncia o solicitud, la víctima regresa al lugar de los hechos, vuelve a convivir con el agresor y ahora con más miedo por la reacción que pueda tener el agresor cuando se entere de la denuncia. Luego la citarán en el juzgado para que se ratifique en la petición, con suerte señalarán la comparecencia para dentro de un mes, aunque corre el riesgo de que se suspenda porque el destinatario de la citación —el agresor— estaba ausente en horas de reparto. Celebrada la comparecencia, tendrá que esperar a que se dicte el correspondiente auto y luego que se notifique a las partes. Pero claro, si el agresor no sale

voluntariamente de la vivienda será necesario solicitar al juzgado el lanzamiento y esperar a que este lo acuerde y que dentro de un plazo razonable lo lleve a efecto. ¿Y qué pasa con la pensión? Pues que o bien no se la pagan o le entregan una cantidad inferior a la que señaló el juzgado, con lo cual será necesario que presente otro nuevo escrito al juzgado para reclamar la deuda.

Pero ahí no acaba la cuestión; como la vigencia de las medidas previas está limitada en el tiempo, tendrá que buscar un abogado y un procurador de oficio para que le lleven la separación. Un problema más. Tiene que demostrar que es *pobre*. Un largo paseo hasta la Delegación de Hacienda, el Ayuntamiento, la Seguridad Social, etc. Una instancia por aquí, una solicitud por allá, vuelva dentro de quince días. Después de que le den unos papeles en los que se certifica que no hizo la declaración de la renta en el último año y que carece de bienes a su nombre, tiene que presentarlos en el servicio que tramita la justicia gratuita. Transcurrido un tiempo, por fin le notifican que efectivamente es *pobre*, que tiene derecho a la justicia gratuita y que por tanto, le van a asignar un abogado y un procurador de oficio. En unos días recibirá una carta en su casa notificándole el nombre y el domicilio de los citados profesionales.

¿Qué sensación tiene esta persona? Sin duda pensará que no está recibiendo una atención personal a su problema, y como señala la memoria del Fiscal general del Estado “no siente una sensación de protección procedente de la autoridad que contribuya a hacerle más fácil la ejecución de una decisión que ya le fue trabajoso adoptar”.

¿No sería más lógico que cuando se denuncia una agresión se cite inmediatamente a las dos partes a través de la policía judicial para ese mismo día o en su caso para el siguiente, que a continuación se dicte el auto de medidas provisionalísimas y se notifique a las dos partes, que acto seguido la policía y la correspondiente comisión judicial acompañen al agresor a la vivienda familiar para sacar los objetos de uso personal y profesional, que por sistema se impida al agresor acercarse a la víctima, que si es necesario se dé protección policial a la víctima durante algunos días y paralelamente que se retenga el saldo que exista en las cuentas bancarias para atender las necesidades de la familia, que se libere un oficio a la empresa para la retención inmediata de la nómina, que con una simple consulta a una base de datos nos informe que la víctima no tiene bienes a su nombre, que al día siguiente conozca qué abogado y procurador han sido designados del turno de oficio?

Para conseguir esto, no hacen falta grandes reformas legislativas, en muchos casos bastaría la coordinación de las distintas administraciones públicas y de los cuerpos de seguridad del Estado. Sin embargo, parece que la preocupación en la materia pasa por penalizar más severamente estas conductas y por introducir como causa automática de divorcio la existencia de malos tratos, aunque eso sí, es necesario que previamente se tramite un procedimiento penal en el que se condene al agresor. Aunque es un sentimiento que solo puede expresar una persona que ha recibido malos tratos, intuyo que a ella le da igual que al agresor le impongan una pena mayor o menor, que le da igual estar separada que divorciada, lo único que quiere es no volver a recibir más agresiones y que la dejen vivir tranquila.

Antonio Javier Pérez Martín

INDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Comentarios al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva del derecho de familia. *Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga* 21
- Reflexiones críticas en torno a la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria. *Evelia Alonso Crespo* 75

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 103
 - I. Uniones de hecho. Subrogación arrendaticia (*S. de 13 de julio de 1998*) 103
- TRIBUNAL SUPREMO 109
 - I. **Uniones de hecho** 109
 - 1. Indemnización a uno de los convivientes. Pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar (*S. de 4 de junio de 1998*) 109

	Página
II. Filiación	113
1. Reclamación de paternidad	113
1.1. Prueba biológica practicada como diligencia para mejor proveer (<i>S. de 18 de febrero de 1998</i>)	113
1.2. Prueba biológica. Falta de ratificación del perito en la 1. ^a Instancia. Inadmisión de documento suscrito por otros profesionales valorando el informe pericial (<i>S. de 7 de marzo de 1998</i>)	115
1.3. Legitimación del padre biológico para reclamar la filiación paterna no matrimonial a pesar de no contar con posesión de estado (<i>S. de 19 de mayo de 1998</i>)	118
1.4. Carga de la prueba. Valor de la prueba testifical de parientes (<i>S. de 17 de junio de 1998</i>)	121
III. Regímenes económicos matrimoniales	123
1. Disposición de bienes	123
1.1. Colisión entre derechos hereditarios y terceras personas contratantes (<i>S. de 24 de marzo de 1998</i>)	123
2. Responsabilidad por deudas privativas y gananciales ...	126
2.1. Responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas generadas en el ejercicio profesional de los cónyuges (<i>S. de 29 de abril de 1998</i>)	126
2.2. Sociedad de gananciales. Embargo sobre un bien ganancial. Nulidad de la diligencia de notificación al cónyuge no deudor y nulidad de la adjudicación tras la subasta (<i>S. de 26 de mayo de 1998</i>)	127
2.3. Embargo de bienes gananciales. Facultad del art. 1.373 del CC. (<i>S. de 20 de mayo de 1998</i>)	132

	Página
3. Causas de disolución de la sociedad de gananciales	134
3.1. Disolución por cese de convivencia y por incumplimiento grave y reiterado del deber de información (<i>S. de 4 de mayo de 1998</i>)	134
4. Liquidación de la sociedad de gananciales	137
4.1. Calificación de bienes tras la separación de hecho (<i>S. de 14 de marzo de 1998</i>)	137
4.2. Liquidación de gananciales. Competencia de los juzgados de familia para conocer de la acción para declarar fraudulenta la venta de bienes gananciales (<i>S. de 23 de marzo de 1998</i>)	139
4.3. Obras realizadas en inmueble ganancial después de estar disuelta la sociedad (<i>S. de 19 de junio de 1998</i>)	142
IV. Patria potestad	144
1. Privación de la patria potestad que luego es dejada sin efecto (<i>S. de 23 de marzo de 1998</i>)	144
2. Patria potestad. Obligación de los padres de solicitar la aprobación judicial para disponer, en cuantía superior a 3.000.000 pts. de la indemnización concedida al hijo (<i>S. de 6 de mayo de 1998</i>)	148
3. Visitas a favor de la abuela materna (<i>S. de 11 de junio de 1998</i>)	152
DERECHO PENAL	155
1. Determinación del juzgado competente para el conocimiento del delito de impago de pensiones (<i>Auto de 21 de enero de 1998</i>)	155
2. Competencia para el conocimiento de la denuncia por impago de pensiones (<i>Auto de 12 de febrero de 1998</i>)	157
3. Impago de pensiones. Acreditación del estado de necesidad en el sujeto pasivo (<i>S. de 28 de mayo de 1998</i>)	159

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	161
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	161
1. Separación	161
1.1. La falta de afecto marital se constituye en causa de separación matrimonial incardinable en el art. 82.1.º del CC. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 10 de julio de 1998</i>	161
1.2. A efectos de decretar la separación, hay que equiparar la imposibilidad de convivir a la violación grave de los deberes conyugales (art. 82.1.º del C.C.) <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 18 de mayo de 1998</i>	163
2. Divorcio	163
2.1. Por razones de economía procesal, procede estimar la demanda de divorcio, si durante la pendencia del recurso de apelación transcurre el plazo señalado en el art 86.2.º del CC. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 22 de enero de 1998</i>	163
3. Nulidad	164
3.1. No procede declarar la nulidad del matrimonio contraído entre una persona de avanzada edad y la persona que lo cuidaba cuando en el expediente matrimonial el médico forense reconoció al primero. No existe vicio en el consentimiento por la manifestación de que “sería abandonado por la demandada si no contraían matrimonio lo antes posible”. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 26 de mayo de 1998</i>	164
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas ..	167
1. Patria Potestad	167
1.1. No procede privar al padre de la patria potestad por impago de la pensión alimenticia cuando el mismo estaba imposibilitado para ello, ni por la falta de cumplimiento del régimen de visitas, ya que ese fue debido a la tensión existente entre los progenitores. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 27 de abril de 1998</i>	167

	Página
2. Guarda y custodia	169
2.1. Aun cuando el art. 92 del CC prevenga que, en los casos de separación y divorcio, se procurará no separar a los hermanos, ello no impide que puedan darse su-puestos en los que los hermanos puedan ser distribui-dos entre los progenitores. En este caso se procurará armonizar el régimen de visitas para que los hermanos pasen juntos los periodos vacacionales. <i>AP BARCE-LONA, Sec. 18.ª, S. de 22 de enero de 1998</i>	169
2.2. La circunstancia de que la madre tenga atribuida la guarda y custodia no impide que, por motivos labora-les, pueda trasladar su domicilio a otra ciudad. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 3 de febrero de 1998</i> ...	170
2.3. No es causa de modificación de la guarda y custodia el hecho de que la madre se traslade a otra ciudad a reali-zar su actividad laboral. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 7 de febrero de 1998</i>	170
3. Régimen de visitas	171
3.1. Procede fijar una visita intersemanal en atención a la edad de los hijos (9 y 7 años) y al trabajo que por las tardes realiza el progenitor custodio. <i>AP BARCELO-NA, Sec. 18.ª, S. de 15 de enero de 1998</i>	171
3.2. Procede ampliar en una tarde intersemanal con per-nocta el régimen normal de visitas y estancias que se fijó en favor del padre. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 22 de enero de 1998</i>	172
3.3. Es procedente prohibir a la madre que salga del terri-torio español con su hija, si ésta ha obtenido otra reso-lución en su país de origen en la que se le atribuye la custodia de la misma. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 8 de abril de 1998.</i>	173
3.4. Cuando el padre sufra alcoholismo procede fijar un ré-gimen de visitas restrictivo. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 5 de marzo de 1998.</i>	174

	Página
III. Vivienda familiar	174
1. Si el único hijo del matrimonio se ha trasladado a residir con los abuelos maternos, no procede efectuar atribución del uso de la vivienda a la esposa. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, S. de 25 de marzo de 1998</i>	174
2. Procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la esposa aunque, por cuestiones de trabajo, durante la semana resida en otra ciudad distinta. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 16 de marzo de 1998</i>	175
3. El art. 96 del CC no tiene una aplicación automática y en casos excepcionales permite conceder el uso de la vivienda al progenitor no custodio. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 14 de mayo de 1998</i>	176
4. A pesar de que la vivienda admita división, no es procedente conceder el uso compartido a ambos cónyuges, ya que ello supone un potencial peligro de conflictividad familiar. <i>AP AVILA, S. de 14 de enero de 1998</i>	177
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	178
1. No procede fijar una cantidad para cada uno de los conceptos que integran la pensión alimenticia, sino una cantidad global por todos. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 15 de enero de 1998</i>	178
2. No se incurre en incongruencia <i>extra petita</i> si se fija una pensión alimenticia superior a la solicitada por la parte. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 28 de enero de 1998</i>	179
3. No es causa para extinguir la pensión alimenticia la circunstancia de que el hijo se encuentre prestando el servicio militar. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 16 de enero de 1998</i> .	179
4. Procede limitar en un año la pensión alimenticia del hijo mayor de edad cuando ha quedado demostrada la dilación en la finalización de los estudios universitarios. <i>AP LERIDA, Sec. 1.ª, S. de 29 de mayo de 1998</i>	180

	Página
V. Pensión compensatoria	181
1. La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital va mucho mas allá de episodios, más o menos estables, de afectividad y trato íntimo, y precisa unas características de permanencia en comunidad de vivencia e intereses, tanto personales como sociales y económicos. <i>APAVILA, S. de 5 de febrero de 1998</i>	181
2. No procede conceder pensión compensatoria en el divorcio cuando el cónyuge renunció a la misma en el convenio regulador de separación, y ello a pesar de que hayan cambiado las circunstancias. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 27 de enero de 1998</i>	182
3. Si en el anterior procedimiento de separación no se recogía ninguna cláusula referente a la pensión compensatoria, no puede solicitarse la misma en el divorcio. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 4.ª, S. de 18 de febrero de 1998</i>	182
4. No procede fijar pensión compensatoria cuando los cónyuges han estado separados de hecho durante 12 años. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 4 de marzo de 1998</i>	183
5. Cuando el desequilibrio económico es meramente coyuntural y susceptible de ser superado en un tiempo prudencial procede fijar una pensión compensatoria temporal. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 4 de mayo de 1998</i>	184
VI. Cuestiones procesales	185
1. El incidente de modificación de medidas provisionales debe sustanciarse por los trámites previstos en el art. 1900 de la LEC. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, A. de 20 de enero de 1998</i>	185
2. No es necesario demandar a los hijos mayores de edad en los procedimientos de modificación de medidas. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 16 de enero de 1998</i>	186
3. Procede condenar en costas al demandante de modificación de medidas cuando sus peticiones no sean estimadas. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 10 de marzo de 1998</i>	188
4. Procede declarar la nulidad de lo actuado si la diligencia de emplazamiento del demandado se realizó en el domicilio familiar que había abandonado hace tiempo. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 18 de mayo de 1998</i>	188

	Página
5. Si iniciado el inventario surgen discrepancias en cuando al carácter de los bienes puede plantearse un procedimiento declarativo para su determinación, si bien posteriormente deberá acudirse a los trámites de la partición para finalizar las operaciones y no a las normas de ejecución de sentencia. <i>AP PALENCIA, S. de 9 de julio de 1998</i>	189
6. Si tras la petición de cambio de procedimiento uno de los cónyuges no se ratifica en el convenio, procede continuar el procedimiento contencioso. <i>AP LERIDA, Sec. 1.ª, A. de 10 de julio de 1998</i>	190
VII. Ejecución de sentencias	192
1. No puede dejarse sin efecto la ejecución de una sentencia firme porque al mismo tiempo se esté tramitando un procedimiento de divorcio en el que se solicita la modificación de medidas. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, A. de 26 de enero de 1998</i>	192
2. No procede compensar la deuda por impago de las cargas del matrimonio con la cantidad que la esposa pudiera haber dispuesto utilizando una tarjeta de crédito. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, A. de 27 de enero de 1998</i>	193
3. Es procedente la reclamación de atrasos por actualización de la pensión alimenticia. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, A. de 25 de febrero de 1998</i>	194
4. El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar las pensiones impagadas. Los pagos de la pensión realizados directamente a los hijos no tienen efectos liberatorios de la obligación. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, A. de 17 de enero de 1998</i>	195
5. No procede dejar sin efecto la ejecución por impago de pensiones aunque hayan cambiado las circunstancias del deudor. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 7 de mayo de 1998</i>	196
6. No cabe acudir al incidente previsto en el art. 937 de la LEC, cuando se ha instado la ejecución por impago de pensiones. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, A. de 16 de julio de 1998</i>	196
7. El progenitor que convive con los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar el pago de las mensualidades impagadas. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, A. de 16 de julio de 1998</i>	197
8. Es procedente la reclamación por atrasos de actualizaciones de los últimos cinco años. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 18 de mayo de 1998</i>	198

	Página
9. Si se fijó una cantidad global para la esposa e hijos, para su individualización será de aplicación lo dispuesto en los arts. 1137 y 1138 del Código Civil, y por tanto el crédito se presumirá dividido en tantas partes iguales como acreedores haya. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 12 de mayo de 1998</i>	199
10. La resolución ejecutiva que fija los atrasos puede adoptar la forma de providencia y no la de auto, puesto que no se hace necesario fundamentar el pronunciamiento ejecutivo. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 12 de mayo de 1998</i>	199
VIII. Régimen económico-matrimonial	200
1. La atribución del uso de la vivienda no puede considerarse como una carga del inmueble a efectos de su valoración en el procedimiento liquidatorio de la sociedad de gananciales. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 22 de enero de 1998</i>	200
2. La indemnización por despido tiene carácter privativo en su totalidad si surgió con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 13 de abril de 1998</i>	201
3. Tiene carácter ganancial el importe de la donación efectuada por el padre del esposo para la creación del negocio familiar. En cambio no tiene tal carácter la cantidad donada por el padre de la esposa mediante un ingreso en una cuenta en la que figuraba como cotitular otra hermana de ésta. <i>AP PALENCIA, S. de 9 de julio de 1998</i>	201
4. Tiene carácter ganancial la indemnización percibida por el esposo antes de que se otorgasen las capitulaciones matrimoniales. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 19 de mayo de 1998</i>	203
5. Los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge, cuando éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio. <i>AP AVILA, S. de 12 de febrero de 1998</i>	204
6. Los bienes gananciales responderán de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que los cónyuges otorgasen capitulaciones, ya que las mismas se inscribieron en el Registro después de generada la deuda. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 12 de enero de 1998</i>	204

	Página
IX. Procedimientos de menores	206
1. La oposición de los padres biológicos a la constitución del acogimiento debe sustanciarse por los trámites del juicio verbal. <i>AP CORDOBA, Sec. 1.ª, S. de 11 de marzo de 1998</i>	206
2. No procede constituir la adopción de un mayor de edad cuando no se ha acreditado la previa convivencia con el solicitante antes de que el primero hubiese cumplido los catorce años. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 4 de mayo de 1998</i>	207
X. Filiación	208
1. Procede estimar la acción de reclamación de paternidad interpuesta por el padre biológico ya que ha quedado acreditada la relación de noviazgo entre éste y la madre del menor. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 16 de marzo de 1998</i>	208
2. Declarada la filiación no matrimonial de la menor, no procede estimar la acción de enriquecimiento injusto por cobro de pensiones alimenticias y daño moral instada por la persona que aparecía en el Registro Civil como padre. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 26 de enero de 1998</i>	210
XI. Uniones de hecho	212
1. Cuando los convivientes de hecho han pactado un convenio regulador y solicitan su aprobación por el juzgado, procede citarlos para ratificación y tras el informe del Ministerio Fiscal, resolver lo procedente. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 5 de marzo de 1998</i>	212
2. La convivencia <i>more uxorio</i> no implica la creación de una comunidad de bienes entre los convivientes y por tanto no habiéndose acreditado la aportación económica del conviviente en la adquisición del patrimonio del otro, o la realización de trabajo por cuenta del mismo, no procede liquidación patrimonial alguna. <i>AP MADRID, Sec. 11.ª, S. de 27 de enero de 1998</i>	213
3. No procede sustanciar por los trámites de la disposición adicional 5.ª la petición de regulación de medidas paterno filiales. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, L.A. de 28 de mayo de 1998</i>	214

	Página
XII. Eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas	215
1. No existe ningún obstáculo para que a la petición de reconocimiento civil de la sentencia de nulidad canónica pueda acumularse la acción de modificación de medidas. <i>AP MALAGA, Sec. 5.ª, S. de 9 de junio de 1998</i>	215
XIII. Sustracción de menores	216
1. No procede ejecutar el auto que acordaba la restitución del menor cuando han transcurrido más de tres años desde que se dictó y la menor se encuentra actualmente en un ambiente adecuado para su desarrollo evolutivo. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 16 de junio de 1998</i>	216
XIV. Temas penales	218
1. Procede absolver al denunciado ya que no fue requerido de pago en vía civil, la esposa cambio de domicilio sin notificarle la nueva dirección y no llegó a designar en ningún momento número de c/c. <i>AP CUENCA, S. de 17 de febrero de 1998</i>	218
2. Procede absolver al denunciado cuando el mismo se encuentra afectado de una enfermedad que le impide ejercer su profesión. <i>AP MALAGA, Sec. 1.ª S. de 27 de febrero de 1998</i>	219
3. Si el pago de la pensión se estableció anualmente, aplicando el antiguo art. 487 bis del CP, no puede tipificarse la conducta del que no paga la pensión durante dos años. <i>AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, S. de 8 de mayo de 1998</i>	220
4. La situación de paro o desempleo y la inscripción o no en el INEM no son obstáculos para la comisión del delito. <i>AP BALEARES, Sec. 2.ª, S. de 17 de abril de 1998</i>	221
5. No puede justificarse el impago de las pensiones alimenticias por haberse atendido a otras deudas (préstamo hipotecario, gastos vivienda, etc). <i>AP LERIDA, Sec. 1.ª, S. de 27 de abril de 1998</i>	223
6. La circunstancia de que la hija esté atendida por la madre no releva al padre de pagar la pensión establecida en la sentencia. <i>AP MALAGA, Sec. 1.ª, S. de 3 de marzo de 1998</i>	224

DERECHO COMPARADO

- El divorcio en Escandinavia. *Antonio Aparicio Hackett* 227

TRIBUNA ABIERTA

- Supuesto de oposición a la aplicación del convenio de La Haya de sustracción de menores 265
- Reflexiones para una buena separación o divorcio 273
- Responsabilidad de jueces y abogados: dos reglas de medir 278

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Aspectos procesales de la Ley 10/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, de Uniones estables de pareja 287
- Reforma del Código civil en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges (Proposición del Grupo Popular) 288
- Modificación del Código civil en materia del proceso de separación y divorcio cuando tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges (Proposición del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida) 289
- Debate en torno a la toma de consideración de las Proposiciones de Ley presentadas por Izquierda Unida y por el Partido Popular, sobre modificación del Código civil en materia del proceso de separación y divorcio cuando tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges 290

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 309

ESTUDIOS DOCTRINALES

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE FAMILIA

LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ EZNARRIAGA

Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia. Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCION**
 - II. PRINCIPIOS BASICOS Y OTRAS CUESTIONES GENERALES**
 - III. DE LOS PROCESOS SOBRE CAPACIDAD, FILIACION Y MATRIMONIO: DISPOSICIONES GENERALES (Título I, Capítulo I)**
 - IV. DE LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS (Título I, Capítulo II)**
 - V. DE LOS PROCESOS SOBRE FILIACION, PATERNIDAD Y MATERNIDAD (Título I, Capítulo III)**
 - VI. DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES (Título I, Capítulo IV)**
 - VII. DE LA DIVISION JUDICIAL DE PATRIMONIOS, DEL PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL (Título II, Capítulo II)**
-

I. INTRODUCCION

La publicación el día 13 de noviembre de 1998 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil abre a los que venimos impetrando por una reforma procesal profunda, el camino de la esperanza. Al propio tiempo, no podemos dejar de sentir un temor ante los resultados de la actividad legislativa, dadas su dificultad y trascendencia.

Hemos de celebrar de modo singular algunos aspectos del Proyecto, demandados por todos desde hace tiempo. La oralidad del proceso, con concentración e inmediación, y la asistencia a los juicios de los interesados, son condiciones esenciales, contempladas en el proyecto. La supresión de la, hoy inútil, oposición a las medidas provisionales o la regulación expresa de un proceso para la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales, constituyen algunos avances a destacar. Ello no quiere decir que no haya particulares que, desde la experiencia del ejercicio profesional en la materia, consideremos susceptibles de perfeccionamiento.

Sin embargo, careceríamos de legitimación —término eminentemente procesal— para criticar o censurar el texto que nazca de nuestro Parlamento, si no actuáramos, una vez más, con el mejor espíritu de colaboración, naturalmente dentro de la medida de nuestros conocimientos y nuestras experiencias. Por ello, formulamos las observaciones que siguen, confiando que, al menos, sean examinadas, y lo hacemos exclusivamente en el ámbito de los procesos familiares, que nos son más próximos.

II. PRINCIPIOS BASICOS Y OTRAS CUESTIONES GENERALES

1.^º En distintos lugares de estos comentarios hacemos referencia a la colisión tradicional entre los principios de contradicción, dispositivo o de congruencia y el inquisitivo o de actuación de oficio. El texto del Proyecto, en numerosos preceptos, consagra la preponderancia de estos últimos principios, con carácter general. Sin embargo, a este respecto debe hacerse una distinción fundamental. Hay que tener en cuenta que en estos procesos —capacidad, filiación y matrimonio— existen objetos en que el interés público o la defensa de menores o incapacitados, lógicamente sustenta la aplicación preferencial del principio inquisitivo. Pero también hay que considerar que determinadas materias, especialmente en los procesos matrimoniales, pertenecen al orden económico en que rigen con rotundidad los principios primeramente enumerados.

Cuestiones como la calificación de bienes en el régimen económico ganancial, cuando el art. 1324 CC hace eficaz entre ellos, la confesión de uno sobre la privacidad de un bien o el art. 1355 CC permite a los cónyuges que atribuyan la condición de consorcial a los bienes que adquieran durante el matrimonio, cualquiera que sea el origen del dinero, son plenamente disponibles y el principio de

congruencia ha de ser el imperante al respecto. Otro tanto debe decirse de la pensión compensatoria del art. 97 CC o la indemnización de la nulidad del art. 98 CC, que son renunciables y que sólo pueden acordarse si la parte las solicita. Y en general, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, las cuestiones económicas entre esposos no pueden estar regidas por el principio inquisitivo.

Por lo tanto, habría que tener en cuenta esta diferencia a la hora de regular las peticiones de las partes, el momento procesal de formularlas, el derecho de contradicción y la carga de la prueba.

2.º Léxico. Existen algunos términos, usados en el Proyecto, cuya revisión proponemos.

En primer lugar, el “tribunal” para designar al órgano judicial de primera instancia, que es unipersonal. El término “tribunal” viene siendo utilizado bien en un sentido genérico para los órganos judiciales, comprensivo de todos ellos, o bien para los colegiados, compuestos por más de un magistrado. Desde el art. 117.3 de la Constitución, de contenido igual al art. 2 de la LOPJ, se establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional [...] corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales” diferenciando unos y otros. En el mismo sentido diferenciador de ambos se producen los arts. 117.4, 118 y 122 CE y arts. 3, 5, 6, 7, 9 de la LOPJ. Se titulan de esta manera bivalente el Libro I, el Capítulo I del título II y el Libro III de la LOPJ, aunque, como ya hemos dicho, en ocasiones se utilice “tribunal” en sentido equivalente a órgano judicial en sentido amplio.

En líneas generales, en nuestros textos legislativos, cuando se hace referencia a un órgano unipersonal, se denomina Juzgado y la competencia en Primera Instancia corresponde al Juzgado o Juez, y así se ha venido designando. Denominar tribunal al juez de primera instancia, como se hace en el proyecto, nos parece más confuso.

También propugnamos por el cambio de denominación de lo que en el Proyecto se denomina “vista” cuando se refiere a un acto en el que no sólo se realizan alegaciones, sino que se practican pruebas. Tradicionalmente se ha diferenciado entre ambos actos y nos parece más lógico continuar de esta forma.

III. DE LOS PROCESOS SOBRE CAPACIDAD, FILIACION Y MATRIMONIO: DISPOSICIONES GENERALES (Título I, Capítulo I)

1. Si el Título se denomina “De los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio”, en el encabezamiento del Capítulo Primero es innecesario repetir esta denominación. Es bastante señalar el contenido del Capítulo con el rótulo de “Disposiciones generales”.

2. El orden del contenido de los artículos no parece el adecuado. Quizá habría que empezar por determinar a qué procesos afectan estas normas.

Artículo 751. Intervención del Ministerio Fiscal.

1. *En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.*

2. *En los procesos de declaración de prodigalidad y en los de separación o divorcio será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*

1. Consideramos que empezar por determinar la intervención del Ministerio Fiscal nos parece inadecuado desde un punto de vista de ordenación lógica. Deberían situarse con anterioridad las menciones al objeto del proceso (art. 753 del proyecto) y a la representación y defensa de las partes (art. 752 del Proyecto) y aún a la determinación de las legitimaciones, en la forma propuesta más adelante.

2. El concepto de “interesados” nos parece impreciso. Quizá debería sustituirse por “las partes” y añadir que la intervención del Ministerio Fiscal será preceptiva también cuando existan hijos, menores, incapacitados o declarados en ausencia legal.

Artículo 752. Representación y defensa de las partes.

1. *Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal o por un defensor judicial, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este Título con asistencia de Abogado y representadas por Procurador.*

2. *En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación.*

Se consigna en el núm. 2 la posibilidad de los cónyuges de valerse de un sólo abogado y procurador. Con independencia de que más nos parece una norma que, en lugar de encontrarse en las disposiciones generales, debía incluirse en los procesos matrimoniales y, dentro de ellos, en el proceso de mutuo acuerdo, único en el que es de aplicación, nos parece absolutamente nocivo. El propósito de abaratar el proceso es loable, pero la consecuencia práctica de esta autorización debe ser rechazada. (Más se abarataría el coste de la ruptura si se pudiera ir directamente al divorcio y no obligar a las partes a acudir a dos procesos: separación y divorcio). En realidad, esta posibilidad favorece al más fuerte o al que tiene una mayor facilidad de acceder a asesoramiento jurí-

dico, quien impone su Letrado. Hay que tener en cuenta que los intereses de las partes en una ruptura conyugal están contrapuestos, aunque sea posible y deseable un concierto de voluntades. Hoy en día en los actos jurídicos, especialmente en los más trascendentes, predominan los criterios que exigen una asistencia letrada y un consentimiento debidamente informado, y no existen tales sin independencia del informante. Convertir al Abogado en árbitro es privar a los contendientes, o al menos a uno, de un asesor, antes de firmar convenios con consecuencias fundamentales. Es más, nos pronunciaríamos en sentido contrario. Creemos que se debería exigir que los convenios reguladores fueran suscritos, además de por las partes, por sus respectivos Abogados, que deberían firmar con ellos, en garantía de conocimiento y de libertad.

Artículo 753. Indisponibilidad del objeto del proceso.

1. En los procesos a que se refiere este Título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

2. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos siguientes:

1.º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.

2.º En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad.

3.º En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave.

4.º En los procesos de separación y divorcio.

Establece este precepto la ineffectividad de la renuncia, el allanamiento y la transacción en estos procesos. Se consagra así la total indisponibilidad de los objetos de estos procesos. De todos.

Sin embargo es preciso hacer algunas distinciones:

A. En los pleitos sobre separación conyugal, aún contenciosos, el reconocimiento del demandado de la causa de separación viene siendo considerado como efectivo, ya que se permite el acuerdo en cuanto a la existencia de causa.

B. El derecho a la pensión compensatoria (art. 97 CC) es absolutamente disponible, según reconoció la STS de 2 de diciembre de 1987, y además se puede sustituir por una sola prestación (art. 99 CC). Otro tanto ocurre con la indemnización del antiguo art. 23 de la Compilación catalana, hoy art. 41 del Código de Familia de Cataluña.

C. La separación y el divorcio pueden acordarse a petición de ambas partes —o del uno con el consentimiento del otro—, acompañando un convenio regulador de los efectos, cuya validez y eficacia deben ser reconocidas por los Tribunales, con las excepciones de que el interés de los hijos determine su rechazo o no aprobación. Este convenio puede alcanzarse antes del proceso (arts. 775.1; 776. 1, 2 y 4; 778 del Proyecto) o en el curso de un proceso contencioso (art. 772. 4^º del Proyecto), lo cual puede entrañar un allanamiento o, en cualquier caso, una transacción.

D. La tendencia actual es aumentar la eficacia de los pactos entre cónyuges y la limitación de la efectividad de sus convenios exclusivamente a las cuestiones que afectan a los hijos.

Artículo 754. Prueba.

1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este Título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia.

1. Elimina la *perpetuatio jurisdictionis* al señalar que serán objeto de decisión los hechos alegados y probados con independencia del momento en que hayan sido alegados o introducidos.

Es esta una manifestación más de la preponderancia que pretende darse en estos procesos al principio inquisitivo, sin tener en cuenta, como ya hemos manifestado, que si esta preferencia puede estar justificada en las materias que afectan a menores o incapacitados, existen otros objetos de discusión en estos litigios sobre capacidad, filiación y matrimonio, que por tratar de aspectos económicos entre personas con plena capacidad, tienen que estar regidos plenamente por el principio dispositivo. No resulta concebible que se admita que una

petición, por ejemplo, de pensión compensatoria del art. 97 CC, se formule después de las alegaciones y la prueba, aunque ésta haya servido para acreditar los hechos económicos base de la petición.

Es más, al no haber conclusiones, ni vista, si el objeto litigioso es introducido en un pleito matrimonial después de la demanda y la contestación, el otro cónyuge carece de la oportunidad para alegar y probar, produciéndosele indefensión.

2. La posibilidad de que el Juez decrete pruebas de oficio debería igualmente estar matizada por la naturaleza del objeto a cuya prueba se destinen y mencionarse que para ello hará uso de sus facultades para acordar diligencias para mejor proveer (finales en el proyecto), a la vista del resultado de las propuestas por las partes y el Ministerio Fiscal y no de su proposición.

3. Otro tanto debe señalarse en cuanto a la falta de vinculación del juez a la conformidad o posiciones de las partes. Es válida esta afirmación en algunas materias, pero no en otras (calificación de bienes dentro de la sociedad conyugal, pensión compensatoria, indemnización en la nulidad o en la separación de bienes catalana, etc).

4. Ignoramos la razón por la cual no se aplican las normas de valoración de la prueba respecto de los documentos públicos o de los privados reconocidos por la parte a quien perjudique. Se trata de un atentado, entre otras, a la fe pública, que no justifica ni la materia, ni la especialidad.

Artículo 755. Tramitación.

Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten conforme a lo establecido en el artículo 443.

1. Hay que tener en cuenta que no hay un sólo juicio verbal, por lo cual la mención es vaga e insegura.

2. A los efectos de este precepto, es interesante también la delimitación de la legitimación de los hijos mayores de edad en los litigios matrimoniales, a que hacemos referencia más adelante.

Artículo 756. Exclusión de la publicidad.

En los procesos a que se refiere este Título podrán decidir los tribunales, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado segundo del artículo 137 de la presente Ley.

En realidad en todos estos procesos están afectados, en ocasiones, intereses de menores, pero en todos “la protección de la vida privada de las partes”, por lo que en realidad no alcanzamos a ver en qué casos no se comprenden estos litigios en el número 2.º del art. 137.

Artículo 757. Acceso de las sentencias a Registros públicos.

Cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.

A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan.

IV. DE LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS (Título I, Capítulo II)

Artículo 758. Competencia.

Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

Este precepto —al igual que el art. 771— se encuentra indebidamente situados. Dado que el Libro I, que se ocupa de “las disposiciones generales relativas a los juicios civiles”, se refiere a todos los juicios civiles y contiene todas las normas que tienen tal carácter, el Título II debe regular TODAS las disposiciones sobre jurisdicción y competencia, incluidos los procesos especiales. En consecuencia, en su Capítulo segundo, referido a “las reglas para determinar la competencia”, deberían figurar la totalidad de las normas competenciales. Corroboración esta apreciación el enunciado del art. 49: “Competencia territorial en casos especiales”, en cuyo desarrollo deberían tener cabida TODOS los casos especiales y, entre ellos, los litigios referidos a capacidad de las personas y procesos matrimoniales. Ello es especialmente adecuado en un texto que abarca un campo legislativo tan amplio como la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que el orden sistemático es fundamental para el buen uso de la normativa.

Artículo 759. Legitimación en los procesos de incapacidad y de declaración de prodigalidad.

1. Corresponde promover la declaración de incapacidad al cónyuge o descendientes y, si éstos no existieran, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz.

2. *El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existen o no la hubieran solicitado.*

3. *Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

4. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.*

5. *La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.*

La legitimación para promover estas declaraciones está establecida en el Código Civil. En cuanto a la incapacitación, establece el art. 202 CC que “corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz”, que, fundamentalmente, coincide con el núm. 1 de este artículo del Proyecto ⁽¹⁾. Por su parte el art. 205 CC establece una excepción al respecto al señalar que “la incapacitación de los menores prevista en el art. 201, sólo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela”. Quizá sería un orden más lógico que el practicado, el incluir esta excepción a la norma general, en el núm. 2, en lugar del 4, pasando el núm. 2 a 3 y el 3 a 4.

Artículo 760. Personación del demandado.

El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el Proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

(1) No entendemos la causa de que se introduzcan modificaciones entre uno y otro texto —“en defecto de éstos” por “si éstos no existieran”— que sólo puede inducir a conjeturas relativas al por qué del cambio.

Artículo 761. Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.

1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 754, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

1. Contempla este precepto en su núm. 2 la posibilidad de que se proponga “el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz o velar por él”. Pero de acuerdo con el art. 215 CC, la guarda y protección de persona y/o bienes del incapacitado se realizará mediante la tutela, la curatela y el defensor del menor, dependiendo de la extensión de la incapacidad, que determine la sentencia, siendo el tutor el representante del incapacitado. Por lo tanto, se trata del nombramiento del tutor, curador o defensor judicial.

Pues bien, en primer lugar si se trata de estos nombramientos, la Ley procesal debe así decirlo y no crear confusiones sobre esos cargos, con designaciones diferentes. Y en segundo lugar, si se mantienen los preceptos de la Jurisdicción Voluntaria, hasta la promulgación de una nueva Ley que se prevé para el futuro, en el Título III de este Libro III se regula el nombramiento y discernimiento de estos cargos, que, en consecuencia, debe hacerse siguiendo estas normas. La mención realizada en el art. 761 duplica los procedimientos y genera confusión.

2. El núm. 3 establece que en la apelación “se ordenará la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores”, fundamentalmente los dictámenes periciales. El carácter imperativo de la norma al utilizar el futuro —“ordenará”— representa la obligatoriedad de practicar de nuevo estas pruebas en segunda instancia, sin mediar siquiera petición de parte, lo cual nos

parece innecesario, naturalmente cuando ya se haya practicado. Otra cosa sería que, extremando las cautelas en materia tan sensible —la llamada muerte civil en otro tiempo—, a petición de cualquiera de los intervinientes tuviera lugar una nueva prueba.

Artículo 762. Sentencia.

1. *La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.*

2. *En el caso a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.*

3. *La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.*

1. Aunque el Código Civil (art. 210) mantiene la redacción establecida en núm. 1 de este artículo, habida cuenta de que el art. 287 del mismo texto legal contempla la posibilidad de que el incapacitado esté sujeto a curatela cuando “la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección”, creemos más ajustado que se incluya la curatela en este precepto procesal.

2. El núm. 3 que regula la sentencia declaratoria de la prodigalidad, hace alusión a la “persona que deba asistirle”. Sin embargo, el Código Civil (Sección 2ª del Capítulo III), le denomina específicamente “curador”, y como tal debería ser denominado en este precepto.

Artículo 763. Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación.

1. *La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.*

2. *Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado primero del artículo 759, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.*

Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

3. *En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 761, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.*

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

Abundando en lo especificado al comentar el art. 761, el núm. 3 hace referencia a las pruebas en segunda instancia, pero aquí lo hace “en su caso”, lo cual se contradice con el carácter universal e imperativo del mencionado art. 761. Esta mención hace más necesario regular cuáles son los casos en que procede la prueba en segunda instancia o remitirse a las normas generales.

Artículo 764. Medidas cautelares.

1. *Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.*

2. *El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.*

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

3. *Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas.*

No obstante, cuando concurran razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y se mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los cinco días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el tribunal lo que proceda por medio de auto.

Cuando se trate de menores sometidos a patria potestad —e incapacitados a los efectos del artículo siguiente— parece necesario expresar que han de realizarse a instancia de quienes ostenten la patria potestad o tutela sobre ellos, en consonancia con el art. 759 del proyecto y art. 205 CC, que requieren que la incapacitación de menores de edad, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. Si sólo ellos pueden solicitar la declaración de

capacidad, guarda clara lógica que sin su petición no se adopten medidas cautelares relacionadas con la incapacitación.

Artículo 765. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro de internamiento.

La autorización será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al tribunal y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se haya efectuado, el tribunal oirá al Ministerio Fiscal y, tras examinar a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado, resolverá lo que proceda.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento lo comunicarán inmediatamente al tribunal, para que resuelva lo procedente.

Al referirse el núm. 2 al internamiento de menores, se revela necesario al igual que lo señalado en el comentario al precepto adjetivo anterior, añadir que será necesaria la solicitud del titular de la patria potestad o de la tutela sobre la persona a internar. Igualmente, debe requerirse la petición del tutor cuando de incapacitados se trate.

V. DE LOS PROCESOS SOBRE FILIACION, PATERNIDAD Y MATERNIDAD (Título I. Capítulo III)

Denominación.—Tanto en el rótulo del Título Primero, como en la indebida reiteración del nombre del Capítulo Primero, se describen estos procedimientos, exclusivamente, como “procesos sobre filiación”, lo cual nos parece más adecuado que “sobre filiación, paternidad y maternidad”. Es evidente que toda reclamación o impugnación de una filiación, comprende la de una paternidad, una maternidad o ambas. Por lo tanto, no es necesario especificarlo. La prueba evidente es que, posteriormente, en los arts. 766, 767, 768, 769 y 770 (todos los de este Capítulo) siempre se habla de reclamación y/o impugnación de la filiación y ni una sola vez se hace referencia a reclamación y/o impugnación de paternidad o maternidad.

Artículo 766. Determinación legal de la filiación por sentencia firme.

1. Podrá pedirse de los tribunales civiles la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil.

2. En ningún caso se estimará la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, ni se determinará una filiación contradictoria con otra que hubiere sido determinada por sentencia firme. El tribunal rechazará de plano las demandas en las que se formulen estas pretensiones.

El art. 134.2 CC señala a este respecto, exclusivamente, que “no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia”. A esta prohibición hace referencia el artículo que comentamos, con las siguientes diferencias:

1.^a Añade a la exclusión las acciones de impugnación, que no están en el Código Civil, lo cual parece que está en el mismo orden de no someter la filiación a más de un proceso con resultado afirmativo, aunque es evidente que la declaración que no se corresponda con la prueba absoluta de la paternidad o maternidad, sino a la valoración de presunciones, reconocida por el art. 135 CC, puede ser errónea, parece positiva esta ampliación.

2.^a El Código prohíbe el ejercicio de estas acciones contradictorias. El Proyecto de LEC señala, de una parte, que no se estimarán las demandas y de otra que se rechazarán de plano, términos que en sí no son idénticos. Además este rechazo de plano ¿quiere decir que no se admitirán estas demandas? Si es así, ¿por qué no se dice de esta forma? Y si no lo es ¿por qué se introduce la adición del rechazo de plano a la desestimación de la demanda?

3.^a La redacción de este núm. 2 contiene por dos veces la expresión relativa a la sentencia firme, pero en el caso de la impugnación utiliza el término

“declarada”, mientras que en la reclamación lo hace con la palabra “determinada”, que no son exactamente iguales. En cualquier caso, parece una redacción más simple y menos repetitiva la siguiente: “El juez no admitirá las demandas de impugnación o reclamación de la filiación declarada por sentencia firme”.

Artículo 767. Ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal.

1. *Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en el Código Civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente.*

2. *En todos los procesos a que se refiere este Capítulo, a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.*

Artículo 768. Legitimación pasiva.

En los procesos a que se refiere este Capítulo serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos.

1. Hay que tener en cuenta que siendo las leyes procesales de competencia exclusiva del Estado (art. 149.6^a CE), aunque se reconozca que lo son “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, Cataluña tenía una Ley sobre Filiación, sustituida ahora por el Código de Familia, que regula esta materia ⁽²⁾. Por otra parte, en cuanto a la legitimación existe la dualidad entre la que se refiere a la acción y la relativa al proceso, aunque en ocasiones la frontera sea confusa.

(2) Artículo 99. *Personas que intervienen en el proceso.*

1. En todo proceso de filiación deben ser demandadas las personas cuya paternidad, maternidad o filiación esté reclamada o esté legalmente determinada.

2. En caso de que una persona que debería ser demandada haya muerto, la acción debe dirigirse contra sus herederos.

Artículo 103. *Filiación matrimonial.*

1. El padre, la madre, los hijos, por sí mismos o mediante sus representantes legales, en su caso, pueden ejercer la acción de reclamación de la filiación matrimonial durante toda su vida.

Señalamos esta particularidad porque la cobertura en el Proyecto de quienes pueden intervenir, activa y pasivamente, en estos procesos (arts. 767 y 768 del Proyecto), no puede ser parcial a menos que salve tal parcialidad, haciendo referencia expresa a los textos sustantivos. De otro modo, su efecto será limitativo de tales legitimaciones.

2. El art. 767 es reproducción de los artículos 129 y 130 CC, salvo que en el precepto que comentamos se limita el núm. 1 a las acciones de impugnación y reclamación, mientras que en el Código Civil no se hace concreción alguna, lo que permite considerar incluidas las de nulidad del reconocimiento del art. 141 CC. ¿Se han querido excluir en la LEC?

3. La legitimación activa plantea otras posibilidades en el Código Civil, que no se recogen en el Proyecto. Así el art. 131 se refiere a cualquiera con interés legítimo en relación con la declaración de filiación manifestada por la constante posesión de estado; el art. 133 de la posibilidad de entablar las acciones los herederos del hijo y no sólo de continuarlas, como se expresa en el artículo que comentamos, o los herederos del marido que pueden impugnar en

2. La acción puede ser ejercida o continuada por los hijos o por sus descendientes o herederos, dentro del tiempo que quede para completar el plazo de dos años a contar desde el descubrimiento de las pruebas en las que debe fundamentarse la reclamación.

3. Si a la muerte del hijo o hija no han transcurrido cuatro años desde su mayoría de edad o de la recuperación de la plena capacidad, la acción puede ejercerse o continuar dentro del tiempo que quede para completar este plazo, si es superior al establecido en el apartado 2, de dos años.

Artículo 104. *Filiación no matrimonial.*

1. Los hijos o sus representantes legales, en su caso, pueden ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial durante toda su vida y, en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 103, pueden ejercer o continuar la acción sus hijos o descendientes y sus herederos, dentro del tiempo que quede para completar los citados plazos.

2. El padre y la madre pueden ejercer, durante toda su vida, la acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propio, si su reconocimiento no ha sido eficaz por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial.

Artículo 106. *Impugnación por el padre de la paternidad matrimonial.*

1. El marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de dos años a contar desde la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o hija o del descubrimiento de las pruebas en las que fundamente la impugnación.

2. La acción de impugnación se transmite a los hijos o descendientes y sus herederos si el marido muere después de haber interpuesto la acción o antes de que finalicen los plazos establecidos en el apartado 1. En tales casos, la acción puede ser ejercida por cualquiera de los legitimados, dentro del tiempo que quede para completar los citados plazos.

3. Si el marido muere sin tener conocimiento del nacimiento o de las pruebas en que ha de fundamentar la acción, los dos años se cuentan desde la fecha en que lo conozca la persona legitimada para impugnar.

los supuestos recogidos en los arts. 136 y 137; y los perjudicados que tienen legitimación para impugnar de conformidad con el art. 140.

Artículo 769. Especialidades en materia de procedimiento y prueba.

1. *En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.*

2. *En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.*

3. *Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.*

4. *La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.*

Artículo 107. Impugnación por la madre de la paternidad matrimonial.

La madre, en nombre propio o en interés y representación del hijo o hija, si es menor o incapaz puede impugnar la paternidad matrimonial durante los dos años contados desde la fecha del nacimiento de aquellos o del descubrimiento de las pruebas en las que se fundamenta la impugnación.

Artículo 108. Impugnación por el hijo o hija.

El hijo o hija puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial dentro de los dos años siguientes a la mayoría de edad, a la recuperación de la plena capacidad o al descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación.

Artículo 109. Impugnación de la filiación no matrimonial.

1. La acción de impugnación de la paternidad no matrimonial puede ser ejercida por quienes resulten afectados por la misma en el plazo de dos años contados desde el establecimiento de la filiación que se impugna o, si procede, desde el momento en que se conozca este establecimiento o la aparición de nuevas pruebas contrarias a la paternidad.

2. En el caso del hijo o hija, la acción caduca a los dos años contados desde la mayoría de edad o desde la recuperación de la plena capacidad o de la aparición de las pruebas anteriormente mencionadas. Durante la minoría de edad o incapacidad del hijo o hija, puede ejercer la acción la madre, de acuerdo con lo establecido en los artículos 107 y 108.

1. En la actualidad los procesos de filiación, en su mayoría, giran alrededor de la prueba biológica. Tanto cuando se practica como cuando una parte se niega a ella, una inmensa parte de las sentencias se dictan teniéndola en cuenta y ponderándola. Sin embargo, esta prueba carece de una regulación específica.

La mayor parte de las resoluciones judiciales hacen una valoración de la negativa a su práctica, considerando que no se trata de una *ficta confessio* sino de un indicio que, unido a otros hechos probados, permite determinar la filiación. Lo cual quiere decir que la *ficta confessio* y sus condiciones están presentes en el razonamiento, al establecerse la distinción entre las incomparencias o negativas a comparecer en el propuesto interrogatorio de las partes —sustitutorio de la confesión judicial— y el de la prueba biológica. Pero las dos parten de derivar consecuencias no sólo de la actitud negativa expresa —que no ofrece dudas en cuanto a su existencia—, sino de la negativa tácita, esto es, de la no concurrencia a la práctica de esta prueba pericial.

Pero ¿cuando existe una negativa tácita? Para definirla, habría que partir de dos hechos: la adecuada citación para el acto y la inasistencia.

En cuanto a la citación, la LEC concede una trascendencia fundamental a su práctica (vid. arts. 149 y ss. del Proyecto), en concordancia con la jurisprudencia constitucional. Pero en la realidad actual, algunas veces, la citación parte de la institución, laboratorio, clínica, etc., donde va a tener lugar la toma de muestras, sin garantía de su forma, ni de la constatación de la inasistencia o excusa. Hay que pensar que sería de aplicación el art. 292 del Proyecto⁽³⁾, sin que esté determinada la intervención de las partes y sus Abogados en su práctica. También pensamos que deberían ser de aplicación preceptos como el art. 295⁽⁴⁾, referente a la prueba contradictoria, y

⁽³⁾ Artículo 292. *Citación y posible intervención de las partes en la práctica de las pruebas fuera del juicio.*

Aunque no sean sujetos u objetos de la prueba, las partes serán citadas con antelación suficiente, que será al menos de cuarenta y ocho horas, para la práctica de todas las pruebas que hayan de practicarse fuera del juicio o vista.

Las partes y sus Abogados tendrán en las actuaciones de prueba la intervención que autorice la Ley, según el medio de prueba de que se trate.

⁽⁴⁾ Artículo 295. *Práctica contradictoria de la prueba anticipada.*

1. Cuando la prueba anticipada se solicite y se acuerde practicar antes del inicio del proceso, el que la haya solicitado designará la persona o personas a las que se proponga demandar en su día y serán citadas, con al menos cinco días de antelación, para que puedan tener en la práctica de la actuación probatoria la intervención que esta Ley autorice según el medio de prueba de que se trate.

296⁽⁵⁾, sobre custodia de los materiales (las muestras), establecidos para las pruebas anticipadas, todo ello objeto de regulación en la normativa penal, pero no en relación con el caso que contemplamos.

En segundo lugar, aunque en el Proyecto —art. 305⁽⁶⁾— se puede admitir la *ficta confessio* sin considerar las posibles causas de inasistencia y, a diferencia de la normativa actual, no es necesaria una segunda citación para deducir consecuencias de tal inasistencia, parece evidente que para la determinación de una paternidad, no sería bastante la falta de concurrencia a una única citación para la obtención de muestras.

En las normas sobre la prueba pericial, no existen preceptos que tengan en cuenta la singularidad de la biológica, que tiene como base la toma de muestras sobre el cuerpo humano. Creemos que sería procedente una regulación específica que estableciera la obligación de someterse a ella, cuando hubiera pruebas indiciarias, según doctrina del Tribunal Constitucional; la posibilidad o no de adquirirlas contra la voluntad del sujeto (a veces se trata de un simple pelo); las consecuencias de la negativa y cuándo ha de considerarse su existencia cuando no es expresa; las garantías de custodia de las muestras; y la posibilidad de pedir una pericial contradictoria.

2. Si estuviese ya pendiente el proceso al tiempo de practicar prueba anticipada, las partes podrán intervenir en ella según lo dispuesto en esta Ley para cada medio de prueba.

3. En los casos en que se practique prueba al amparo del apartado primero de este artículo, no se otorgará valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de seis meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo que se acredite que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo.

(5) Artículo 296. *Custodia de los materiales de las actuaciones de prueba anticipada.*

1. Los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedarán bajo la custodia del Secretario del tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos.

2. Si de la demanda hubiese de conocer en definitiva un tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.

(6) Artículo 305. *Incomparecencia y admisión tácita de los hechos.*

Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar admitidos los hechos del interrogatorio en los que el declarante hubiera tenido intervención personal y sobre los que se formularan preguntas que exigieran respuesta categórica, afirmativa o negativa.

Todavía hay más. La propia ley reconoce la posibilidad de reclamar o impugnar paternidades o maternidades respecto de personas fallecidas (art. 768 *in fine* del Proyecto). Para la obtención de muestras en ocasiones se pide y se acuerda actuar sobre cadáveres, previa su exhumación. ¿Es esto legítimo en un proceso civil? Creemos que no puede, ni debe, dejarse al albur esta posibilidad y que constituiría una grave negligencia no contemplarlo, en sentido afirmativo o negativo, en el texto de una ley moderna que tiene vocación de proyección para muchos años.

2. El núm. 3 de este precepto, en realidad, tiene un carácter eminentemente sustantivo. No se refiere a la forma de practicar la prueba, ni de las que son admisibles, ni se trata de una norma de valoración. Nos parece que sobra en la LEC. Ya está en su sitio: en el Código Civil y en la Ley catalana de Familia.

Artículo 770. Medidas cautelares.

1. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

2. Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas.

No obstante, cuando concurren razones de urgencia; se podrán acordar las medidas sin más trámites, y se mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el tribunal lo que proceda por medio de auto.

El tema de la posibilidad de adoptar las medidas a que se refiere este precepto tiene dos partes, claramente diferentes. Hay medidas tendentes a proteger al reclamante de la filiación o a mantener un *statu quo* mientras se tramita el litigio, y otras que representan, además, una limitación del derecho de otros o una condena. Nos referimos a este último respecto concretamente a la condena al pago de alimentos al presunto progenitor, cuya paternidad o maternidad se reclama, especialmente teniendo en cuenta que una vez satisfechos los alimentos no existe derecho a su reintegro, si se demostrase la carencia de título para obtenerlos. Sin embargo, no podemos dejar a un lado la cobertura de los alimentos que deben atender al sustento de una persona.

La realidad es que en ningún texto legal se determina cuándo debe atenderse una petición en este sentido y cuándo debe rechazarse. Por de pronto, debería desestimarse si no existe un *fumus* o un indicio serio de la viabilidad de la demanda. Este requisito debería estar cumplido con la admisión, por la exigencia de un principio de prueba para la misma que establece el art. 127.2 CC —con indudable injerencia del CC en materia procesal— y el propio art. 769. 1 del Proyecto. Sin embargo, no es así, ya que el Tribunal Supremo en realidad ha vaciado de contenido este requisito, cuando admite como principio de prueba la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado ⁽⁷⁾. Otro tanto, cabría decir de medidas que entrañaran, por ejemplo, la prohibición de partir determinada herencia, para proteger los posibles derechos hereditarios del reclamante de filiación.

(7) STS 1.ª 3-12-91: (Pte.: José Almagro Nosete): Se presentaron actas notariales de manifestaciones “...cabe también sostener con una interpretación, espiritualizada, del concepto de principio de prueba, que ni siquiera es necesario que éste tenga que plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que con la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y de este modo, llevar a cabo un control de la racionalidad de la demanda...”

...el requisito procesal del párrafo segundo constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución. Desde esta perspectiva, debe propugnarse como más acorde con el dictado de nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierte en elemento formal de rechazo, la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado, principio de prueba, a la demanda, bastando que se presente o muestre (mostrar es sinónimo de presentar) con la demanda (no necesariamente en escrito aparte), o sea en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda.”

STS 1.ª 6-10-93: “Cumple el requisito la presentación de un acta notarial de manifestaciones, aunque no constituya prueba testifical.”

STS 1.ª 8-10-93: “Se admitirá a trámite la demanda, si del propio contexto o contenido de la misma se aprecia la existencia de una mínima línea de racionalidad”.

STS 1.ª 20-10-93: “Nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39.2 CE [...] Basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, puede llevarse a cabo un control de razonabilidad de la demanda” (en sentido semejante, entre otras: TS 1ª 12-11-87; 21-12-89; 19-1-90; 3-12-91; 28-4-94; 28-5-94; 21-12-94)

STS 1.ª 28-4-94 (Pte.: Jesús Marina Martínez-Pardo): “Es reiterado el criterio de esta Sala conforme al cual el art. 127 párr. 2.º sólo establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas, que este filtro no impide admitir demandas en que haya un principio de prueba, y principio de prueba constituye la declaración, bien que unilateral y no sujeta a contradicción por efectuarse extrajudicialmente, de dos personas aptas para atestiguar [...] al honor no le ataca la existencia de un proceso ni aquélla [la intimidad] sufre tampoco porque las pruebas biológicas, legales y efectuadas con discreción, en nada rompen la intimidad de quien a ellas se somete.”

Por otra parte, especialmente a la hora de acordar alimentos como medida cautelar, parece que debería señalarse una diferencia entre si el beneficiario es menor o mayor de edad, derivado de la propia naturaleza del derecho y su extensión, en el primer caso derivada de la patria potestad —aún objeto de privación— o del parentesco, como ocurre en el segundo supuesto.

Cabría ahora exigir, al menos, un principio de prueba real y no futuro, para acordar estas medidas cautelares, incluso con posibilidad de una comparecencia semejante a la de medidas provisionales matrimoniales. La simple audiencia establecida en el Proyecto, sin posibilidad de prueba, al menos indiciaria, nos parece escasa garantía. También parece debilitar su exigibilidad, la mención de “como regla”. Omitiéndola es evidente que quedaría como norma excepcional, ya que la excepción aparece en el apartado siguiente.

Por otra parte, parece que la comparecencia, diferente de la audiencia, sólo es posible cuando se adoptan medidas de urgencia del núm. 3 párrafo segundo, y no en el primer supuesto, sin urgencia, en que tampoco se menciona la necesidad de acordarlo por Auto.

VI. DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES (Título I, Capítulo IV)

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Queremos hacer especial hincapié en **el respeto a lo convenido por los cónyuges**, con la única excepción de la determinada por el interés de los menores o incapacitados o del daño a éstos, que debe presidir la normativa sustantiva y procesal en esta materia. Es fundamental que en los pleitos familiares se fomenten los pactos. Los beneficios de alcanzar soluciones convencionales a los problemas que plantean las rupturas familiares son indiscutibles. Incluso el impulso que pretende darse a la mediación carecería de todo sentido si sus resultados positivos carecieran de eficacia. Es menester tener en cuenta que en nuestro orden jurídico han disminuido de modo esencial las materias indisponibles y se ha incrementado la posibilidad de los cónyuges de pactar.

Hoy en día únicamente está prohibido pactar contra leyes o buenas costumbres (art. 1328 CC); sobre la igualdad de derechos de los cónyuges (arts. 14 CE y 1328 CC); contra normas imperativas y prohibitivas, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 6.3 CC); contra interés u orden público o en perjuicio de terceros (6.2 CC); sobre las cosas fuera del comercio (art. 1271.1 CC); sobre los alimentos o herencia futuros, excepto división de caudal entre vivos conforme al art. 1056 CC (arts. 151 y 1271.2 CC); y es inefectiva la promesa de donar.

Por contra, entre cónyuges es posible transmitirse toda clase de bienes y derechos, por cualquier título (art. 1323 CC); celebrar toda clase de contratos

(art. 1323 CC); otorgar capitulaciones matrimoniales, antes o después del matrimonio (art. 1326 CC), para estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial o adoptar cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. (art. 1325 CC). En las crisis matrimoniales pueden convenir la separación (art. 81.1^º CC) y aunque no es eficaz el pacto como causa de divorcio directa, lo es desde el momento en que produce ciertas consecuencias, como la reducción del plazo de ruptura (art. 86.3.ª a) CC). También pueden pactar los efectos de la nulidad, la separación o el divorcio (art. 90 CC), con especial mención del uso de vivienda familiar (art. 96.1 CC) y de la pensión compensatoria (art. 97. 1.ª CC y STS 1.ª de 2 de diciembre 1987) y pueden determinar la procedencia del proceso de mutuo acuerdo.

Con respecto a los hijos menores o incapacitados —materia de singular atención por la condición de éstos, la universalidad del acento protector hacia ellos y tratarse de terceros— también se reconoce la viabilidad de los pactos en cuanto al ejercicio de patria potestad (art. 156 CC, que sólo permite el acceso a la autoridad judicial, “en caso de desacuerdo”; la determinación de quién atenderá a su cuidado y convivencia, cuando viven separados (art. 159 CC). También el art. 15 de la Ley catalana de Uniones Estables de Hecho (L. 10/1998 de 15.7.) establece la eficacia de los pactos entre los progenitores sobre la guarda y custodia y sobre el régimen de visitas con los hijos. La intervención judicial sólo se regula en caso de “falta de acuerdo”. Se puede convenir acerca de la representación legal de hijos menores e incapacitados y sobre la administración de sus bienes (arts. 162 y 164 CC) —salvo algunas excepciones—. Es eficaz el consentimiento de los padres para la tutela de la entidad pública (art. 172 CC), para el acogimiento (art. 173 CC), de padres e hijos para la emancipación (arts. 314 y 317 CC) y el asentimiento para la adopción (art. 177 CC).

El problema que se plantea en la actualidad es la limitación que establece el art. 90 CC para la aprobación del convenio regulador de la separación y el divorcio, que con esta salvedad es imperativa. A tenor de ese precepto son dos las excepciones para que el convenio sea aprobado: la primera es que algún pacto sea “dañoso para los hijos”, en el que no existe desacuerdo alguno. Pero el segundo es el que produce profundas discusiones y que no figura reiterado en la DA 6.ª de la L. 30/1981, reguladora del proceso de mutuo acuerdo: que sean “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

La plena capacidad de los esposos, su posibilidad de celebrar toda clase de actos y contratos y la libertad de realizar actos gratuitos y renunciar a derechos y acciones, siempre que reúnan las condiciones esenciales de validez antes mencionadas, nos llevan a cuestionar frontalmente la puesta en tela de juicio de la posibilidad legal de que un cónyuge puede hacer, incluso, lo que le perjudica en uso de su libertad. Nada es más “perjudicial” que donar, pero entra dentro de la libertad y capacidad del mayor de edad, que consiente válidamente.

Si lo que se ha pretendido es proteger eventualmente a una parte, que puede ser más débil o influenciable, la vía estará por el aumento de sus garantías (un Letrado cada uno) y la posibilidad general de anular el convenio cuando exista fuerza o coacción, error o dolo. Pero no a través de un examen judicial de la lesividad o no para los intereses de un cónyuge del convenio que firma. Ello implicaría tanto como negar la grandiosidad de las renunciaciones o concesiones, por motivos de dignidad, altruismo u otros, vigentes por fortuna en el ámbito familiar ⁽⁸⁾.

2. **La posibilidad de acuerdos parciales:** Siguiendo la argumentación del apartado anterior, parece evidente que deben aceptarse y conceder eficacia a los convenios que sin comprender la totalidad de las materias afectadas por la ruptura conyugal, puedan sustraer temas a la litigiosidad, facilitar la labor siempre compleja y aleatoria en esta materia del Juzgador y disminuir los enfrentamientos en el seno de la familia en crisis.

3. Una cuestión no afrontada por el Proyecto, que es de orden procesal y sobre la que existe una amplia polémica en la doctrina y una diversidad extraordinaria en la pequeña jurisprudencia, es la relativa a **legitimación de los hijos mayores de edad**, que conviven con alguno de sus progenitores y que conservan el derecho de alimentos, en los pleitos matrimoniales de sus padres, cuando se solicitan prestaciones económicas para ellos, al amparo del art. 93.2 CC. Esta polémica se hace más ardua cuando se hace referencia a procesos de modificación o extinción de estas prestaciones periódicas.

⁽⁸⁾ Sobre la validez y eficacia de los pactos entre cónyuges sobre separación de hecho y sobre el convenio regulador no presentado, ni aprobado judicialmente, ver entre otras: SSTS, 1.ª, 27-1-98 y 22-4-1997: "... no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay motivo de invalidez. No la hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico".

STS 5-2-90: Declaró la validez de un convenio entre cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, que contenía transmisiones sin precio a favor de uno y otro, por considerarlo "dentro de la atipicidad contractual que rige nuestro ordenamiento ex art. 1255 CC".

STS 31-1-85: El otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales y de un documento privado sobre separación de hecho de los cónyuges y atribución de los hijos, no es supuesto incluido en la prohibición de este art. 1814, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio, sin afectar a la sustancia del vínculo.

STS 4-12-85: el invocado artículo 1809 del Código Civil se refiere a las transacciones sobre el estado matrimonial, y no prohíbe transigir sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público"

En la misma línea la Res. DGR y N 10-11-95.

No es éste el lugar indicado para hacer un estudio amplio de la cuestión, introducida por la unánimemente descalificada redacción del núm. 2 del art. 93 CC, introducido en 1990. Su benéfico propósito ha quedado en gran parte desvirtuado por la inseguridad jurídica generada.

En el Proyecto que comentamos, ni en las disposiciones generales, que se refieren exclusivamente a la intervención del Ministerio Fiscal y a la representación y defensa de las partes, ni en la normativa de los procesos matrimoniales, se hace referencia a este tema de legitimación y consideramos que, existiendo la contradicción y la duda, éste sería el momento y el lugar de disiparla.

Para ello, partimos del principio, que nos parece indiscutible de que en los procesos matrimoniales, con la excepcional, limitada y singular participación del Ministerio Fiscal, los únicos que pueden ser parte son los cónyuges —o ex cónyuges, cuando de modificación o extinción de derechos determinados en sentencias de nulidad, separación o divorcio se trate. Y así se debía definir en la LEC. Ni siquiera los herederos están legitimados para intervenir en estos litigios. Si solicitan la modificación o extinción de una pensión compensatoria, al amparo del art. 101.2 CC, es un litigio diferente al conyugal, en que ellos serían las únicas partes, frente a un cónyuge y no uno más a añadir a los cónyuges.

También hay que partir de que como el hijo mayor de edad tiene plena capacidad jurídica y de obrar, que incluye la procesal (12 CE y 315 párr. 1; 314 núm. 1; 179 núm. 2; 162 y 322 CC y 2.2.º LEC), con cese de la representación legal de los padres. Se plantea, pues, si tiene legitimación activa el cónyuge con el que convive el hijo mayor o emancipado, por sí mismo, sin necesidad de acto alguno complementario por parte del hijo y, en este caso, en virtud de qué tiene esta capacidad de ejercitar una acción de otro, que tiene plena capacidad jurídica, de obrar y procesal.

Hay corrientes jurisprudenciales que reconocen la legitimación activa del progenitor con el que convive el hijo mayor de edad o emancipado, con derecho a alimentos o que la legitimación activa deviene “por sustitución” o “compartida” o incluso que la legitimación tiene su base en que el padre o madre con el que el hijo mayor convive tiene facultad para administrar la pensión alimenticia que corresponde al mismo.

Pero podemos afirmar que la corriente mayoritaria reconoce que los procesos matrimoniales tienen un carácter personalísimo y, por lo tanto, impiden la intervención de terceros. Para compaginar este principio con el art. 93.2, algunos señalan que al dilucidarse intereses de hijos mayores de edad y éstos no poder intervenir, el progenitor que convive con ellos está legitimado para demandar la declaración de tal derecho. Los más, sin embargo, y con esta postura nos alineamos nosotros, es que no se trata de una verdadera reclamación de alimentos para los hijos mayores que sería una acción distinta, que no podría acumularse a la matrimonial por impedírselo el art. 154.3 LEC actual (arts. 72 y

ss del Proyecto). Los progenitores carecen de legitimación para demandar alimentos para sus hijos mayores de edad o emancipados, ya que se trata de un derecho propio del mismo y teniendo plena capacidad jurídica, de obrar y procesal, no puede discutirse en un procedimiento judicial tal derecho. Lo que realmente se discute no es el derecho de alimentos del hijo y su cuantificación, modificación o extinción, sino la contribución del progenitor no conviviente con el hijo mayor de edad o incapacitado, al progenitor conviviente, que soporta la carga de ambos de alimentar a dicho hijo, que tiene derecho a alimentos, sin afectar el derecho de éste que puede ejercitarlo en proceso independiente. De esta forma se evita su indefensión y no se altera esta situación en los procesos de modificación o extinción de la pensión establecida en proceso matrimonial de sus padres, en los que no existe con el hijo litisconsorcio pasivo necesario. Se trata, en consecuencia, de una carga familiar, para cuyo levantamiento, que asume un cónyuge, el otro debe contribuir.

Debería, pues, en el texto de la LEC consignarse la exclusividad de la legitimación activa y pasiva de los cónyuges en los procesos matrimoniales y en el de modificación de medidas acordadas en sentencia o convenidas.

Artículo 771. Competencia.

1. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este Capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiese determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor.

2. Son nulos los acuerdos de las partes que se opongan a lo dispuesto en este artículo.

1. Consideramos que este precepto —al igual que el art. 758— se encuentra indebidamente situado. En un orden sistemático, si el Libro I, referido a “las disposiciones generales relativas a los juicios civiles”, contiene *todas* las normas que tienen tal carácter y, dentro de él, el Título II contiene *todas* las normas sobre jurisdicción y competencia, concretándose el Capítulo segundo a “las reglas para determinar la competencia, consideramos que el buen orden, esencial en un texto tan amplio como la LEC, impone llevar a este lugar la totalidad de las normas competenciales.

Corroborar esta apreciación el enunciado del art. 49: “Competencia territorial en casos especiales”, en cuyo desarrollo deberían tener cabida *todos* los casos especiales y, entre ellos, los litigios referidos a capacidad de las personas y procesos matrimoniales.

2. Se pierde una ocasión de oro para regular la especial **jurisdicción de Familia**, que debería seguir las siguientes directrices:

A. Especialización de los Juzgados de Familia extensiva a Jueces, Secretarios, oficiales, auxiliares y técnicos adscritos a ellos (psicólogos y asistentes sociales).

B. Extensión de su jurisdicción a todos los ciudadanos, sin consideración al lugar de su residencia, para respetar el principio constitucional de igualdad. Para ello se puede seguir un criterio como el regulado en la LOPJ para las jurisdicciones de menores, de lo penal, de vigilancia penitenciaria, de lo social o de lo contencioso-administrativo, que pueden tener un ámbito territorial superior al partido judicial.

C. Extensión de su competencia objetiva a todos los procesos relacionados con la familia matrimonial o paramatrimonial, incluyendo capacidad (y prodigalidad); filiación; separación, divorcio y nulidad, y modificación de medidas, así como ejecución de efectos civiles de resoluciones canónicas; efectos de la ruptura de parejas paramatrimoniales; patria potestad, guarda y custodia y otras cuestiones derivadas de la relación paterno-filial o de parentesco, así como de la tutela; alimentos entre parientes, oposición a resoluciones administrativas y otras cuestiones derivadas de la adopción, acogimiento y otras medidas de protección de menores.

3. Debería señalarse, por existir discrepancias interpretativas en la actualidad, que generan inseguridad jurídica, que, en defecto de sumisión de las partes, la competencia para el conocimiento de los litigios matrimoniales corresponde al juzgado que haya conocido de un pleito matrimonial entre las mismas partes, cuando lo hubiere. Comprende esta determinación los supuestos en que haya habido un proceso sobre adopción de medidas provisionales previas, uno de separación cuando se trate de divorcio o de nulidad, cuando haya precedido una separación o un divorcio, o cualquiera de modificación o extinción de medidas o efectos anteriores.

4. Jurisdicción. La jurisdicción de los Tribunales españoles en esta materia, regulada hasta ahora por la DA 1.ª de la L. 30/1981 de 7 de julio y por los arts. 21 y 22 de la LOPJ, pasa a tener en el Proyecto una consideración exclusivamente negativa (art. 34: Falta de competencia internacional; art. 35: Falta de jurisdicción y arts. 36 y 37 apreciación de estas faltas). Por otra parte, el tema es complejo hasta el punto de que la citada DA 1.ª y los arts. 21 y 22 de la LOPJ están en disparidad, lo que provoca inseguridad.

Son fundamentalmente dos los temas en que existen dudas razonables que debían ser disipadas, en los que existe discrepancia interpretativa actual entre los Tribunales:

1.^a Posibilidad de sumisión de las partes, aunque se mantenga la prohibición de los pactos contrarios a una competencia territorial determinada. Está reconocida en el art. 21 LOPJ.

2.^a La posibilidad de existencia de jurisdicción española, cuando uno de los dos cónyuges sea español, limitada en la LOPJ a los procesos de mutuo acuerdo (o de uno con consentimiento del otro), “en defecto de sumisión de las partes”. Parece paradójico que se exija sumisión de las partes en los procesos de mutuo acuerdo, en que la petición se formula de acuerdo, por lo que es difícil que no exista la sumisión de ambos, al menos tácita. Sin embargo, existe en estos casos una laguna legal en cuanto al órgano judicial competente cuando los cónyuges, españoles o al menos uno de ellos, no tienen, ni han tenido, residencia, ni domicilio, en España: los Juzgados españoles tienen jurisdicción, pero no hay ninguno territorialmente competente, según las normas del art. 771.1 del Proyecto.

En todo caso, parece necesario fijar las normas determinantes de la jurisdicción de los Tribunales españoles en la LEC con carácter positivo y llenar la laguna de la competencia territorial indicada.

Artículo 772. Procedimiento.

Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 778, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del Título cuarto del Libro primero del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal que se inicia por demanda ordinaria, conforme a lo establecido en el Capítulo primero de este Título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

1.^a *Sólo se admitirá la reconvencción cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, 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 se propondrá, en su caso, con la contestación a la demanda y el actor dispondrá de diez días para contestarla.

2.^a *A la vista deberán concurrir los cónyuges, por sí mismos, que serán citados, a través de su Procurador con apercibimiento de que su incomparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge que hubiere comparecido para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.*

3.^a *Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.*

Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados.

4.^a *En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 778, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.*

1. Objetos que comprende: Al señalar “y las demás que se formulen al amparo del Título cuarto del Libro I del CC” se incluyen los nacidos de la discrepancia en la fijación o modificación del domicilio (art. 70 CC) o de dispensa para contraer matrimonio (art. 48 CC), así como las contempladas en la Disposición Transitoria 10^a de la L.11/1991 de 13 de mayo —que ni se derogan, ni se reforman, según las Disposiciones Derogatoria y Finales del Proyecto—, que o bien tienen otro proceso determinado o su propia entidad es diferente de la complejidad del proceso de separación, divorcio o nulidad.

2. Este precepto remite al juicio verbal, “con sujeción, además, a las siguientes reglas...”, entre las que hay alguna —la relativa a la reconvenición— que es diferente y no una adición de las anteriores. Por lo tanto, debe sustituirse la palabra “además” que expresa adición o añadido, por un término que exprese salvedad o excepción.

3. En cuanto al proceso en sí:

a) Al no figurar esos procesos entre los detallados en el art. 439 del proyecto y como quiera que el art. 772 del Proyecto se refiere a los trámites del “verbal que se inicia por demanda ordinaria”, queda la duda si la contestación debe hacerse por escrito siempre o únicamente “cuando sea de valor superior a trescientas mil pesetas”, como reza el art. 443.1 del Proyecto. Hay que tener en cuenta que esta cifra se alcanzará fácilmente, por aplicación de la regla 7.^a de art 251 del Proyecto cuando se reclamen pensiones periódicas, al multiplicarlas por diez, pero no así cuando no se litiguen pensiones. Sin embargo, la trascendencia de la materia principal —nulidad, separación o disolución del vínculo matrimonial— y la trascendencia, personal, relativa a los hijos e incluso económica posterior de una declaración en tales cuestiones —disolución y posterior liquidación de regímenes económicos, uso de la vivienda familiar, etc.— no

aconsejan que se pueda quedar sin contestación escrita una demanda relativa a estos litigios.

Parece aconsejable bien incluir estos pleitos en el apartado primero del art. 439 aclarando cuál de los juicios verbales, en su totalidad, corresponde a los litigios matrimoniales, o bien hacer una expresión más terminante en el art. 772 del Proyecto.

b) La regla 2ª reitera la denominación utilizada en los arts. 442 y siguientes del proyecto de “vista” para el acto a celebrar en la presencia judicial y en el que se practican las pruebas, alegaciones e informes. Sin embargo, en la tradición procesal española, la vista es un acto que tiene como único contenido el de alegaciones. Cuando dicho acto es de mayor complejidad y en el mismo se practican las pruebas del interrogatorio de las partes, examen de testigos y peritos, etc, además de los alegatos de las partes, se denomina “juicio” o “juicio oral”, cuyo término nos parece más acertado. Por cierto que, para aumentar la confusión, en el núm. 1 del art. 776 del Proyecto se hace referencia a la “vista del juicio”.

c) La misma regla 2ª subraya acertadamente la exigencia de que los cónyuges concurren a la vista por sí mismos, bajo apercibimiento de que su incomparecencia pueda determinar la admisión de los hechos alegados por el cónyuge compareciente en materia patrimonial, lo cual, por otra parte, reafirma la disponibilidad de estas materias. Sin embargo, parece evidente que, con carácter restringido, se puedan admitir excepciones a esta incomparecencia, tanto para el demandante como para el demandado que haya comparecido y contestado la demanda por escrito.

No nos referimos a la posibilidad de suspensión, que con indudable certeza el Proyecto en su art. 182 contempla con flexibilidad alejada de la actual normativa, restrictiva e injusta, sino a aquellos supuestos en que una de las partes —y aun quizá las dos, dadas las normas de jurisdicción y competencia— se encuentre lejos del lugar en que ha de celebrarse la vista —o juicio— y le sea imposible o muy gravoso el desplazamiento. Coincidimos con el Proyecto en que lo más procedente o aconsejable es la concurrencia de los interesados al acto, lo cual permite una mayor posibilidad de acuerdos y un mejor conocimiento por el Juzgador de las materias involucradas, pero creemos que debe contemplarse la excepción. De hecho, tal posibilidad se contempla en párrafo segundo del núm. 3 del art. 773 del Proyecto.

d) La regla 4ª contempla la encomiable posibilidad de que el proceso contencioso, en cualquier momento, se transforme en mutuo acuerdo. No obstante, esta norma, que existe en la actualidad, viene planteando dos cuestiones fundamentales.

La primera se refiere a la posibilidad de este cambio cuando los autos están en segunda instancia. En general los Tribunales vienen denegando esta posibili-

dad porque el proceso de mutuo acuerdo prevé la eventualidad de que algún extremo del convenio no se apruebe por el órgano judicial o que se deniegue el divorcio o incluso la separación (sólo por no haber transcurrido un año de matrimonio en el mutuo acuerdo), cuyas resoluciones son apelables. Si esta actuación la realiza la Audiencia no habría posibilidad de recurso, con merma de la tutela judicial. Por otra parte, si se desiste del proceso para plantear de nuevo la demanda conjunta, corren el riesgo las partes, de que después uno de ellos no se ratifique en la petición y tenga que comenzar de nuevo, incluso las medidas provisionales; y si se desiste de la apelación queda firme la sentencia de instancia, con el peligro de que no se sustituya por idéntica u otra causa por el convenio ahora suscrito.

Ahora bien, partiendo del carácter benéfico —y, en consecuencia, digno de ser fomentado y posibilitado— de la concordancia de las consecuencias de la ruptura, unido a la en ocasiones duración de la segunda instancia, debería preverse esta posibilidad de cambio en segunda instancia. Para ello, habría que establecer un procedimiento en el que a solicitud de las partes —o de la una con consentimiento de la otra— se suspendiera el curso de la apelación (para posibilitar su reanudación en caso de no alcanzar éxito el procedimiento de mutuo acuerdo) y se remitieran los autos al Juzgado de procedencia para la tramitación del proceso de acuerdo.

El segundo aspecto a considerar, que quizá deberíamos hacerlo al ocuparnos del art. 778 del Proyecto, es el relativo a la conversión del mutuo acuerdo en contencioso. Nos referimos aquí al hecho, relativamente frecuente, de que un proceso de mutuo acuerdo —o de uno con consentimiento del otro— fracase por falta de ratificación de uno de los cónyuges. La ley prevé que en este caso se archiven las actuaciones, pudiendo cualquiera de ellos iniciar el contencioso. Esto representa un nuevo reparto (inútil porque por antecedentes debería ir al mismo juzgado), tras una petición de desglose de documentos para volverlos a presentar y una pérdida de las actuaciones realizadas, que cuando se trata de una conversión del contencioso en mutuo acuerdo, en avanzado estado del pleito, pueden ser muy numerosas o incluso totales (el contencioso anterior podría estar pendiente de sentencia cuando se reconvierte). Parece conveniente, y no vemos contraindicación alguna, que exista la posibilidad de conversión que contemplamos.

e) En el texto del Proyecto se suprime la exclusión de las inhabilitaciones para testificar del art. 1247 CC, lo cual quiere decir que se mantienen. Están, pues, en vigor para estos pleitos las causas de tacha del art. 379.1.1.º del proyecto referido a cónyuges, ex-cónyuges y parientes por consanguinidad o afinidad hasta 4.º grado, relacionados por vínculo de adopción, tutela o análogo o del núm. 2.º de estar a servicio o relación de sociedad o intereses, que en cuestiones familiares son tradicionalmente los únicos que conocen algo. Por cierto,

que no se incluyen en la tacha del citado art. 379 los convivientes, porque indiscutiblemente no son relaciones análogas a las de adopción o tutela.

f) Ni en la parte general, ni en la especial se hace referencia alguna a la audiencia o exploración de los hijos. Esta actuación judicial está prevista y es obligatoria en determinados supuestos en el art. 92 CC en los pleitos matrimoniales y en los arts. 154 y 159 del mismo cuerpo legal y la misma es objeto de singular significación en la LO 1/1996 de 15 de enero sobre protección del menor.

La necesidad de regular la práctica de esta audiencia o exploración viene especialmente determinada por la diversidad de formas con que viene realizándose en la actualidad y la inadecuación y lesividad para el menor con que tiene lugar frecuentemente. Unos Jueces la realizan a su sola presencia; otros ante las partes —o sus Letrados—; con o sin concurrencia del Ministerio Fiscal a quien corresponde su protección y que debe informar sobre las medidas —concordadas por los padres o acordadas por el Juez — que le afecten. En ocasiones se levanta acta con el resultado de la exploración, con expresión de las manifestaciones del menor; en otras únicamente se incluye el hecho de haberse practicado, sin el resultado de la audiencia, para preservar la intimidad del hijo, pero sin que el Tribunal de apelación, en su día, pueda tener acceso a estas manifestaciones. Lo mismo ocurre en cuanto a su contenido. ¿Deben versar sobre la opinión o los deseos del menor? ¿Ha de preguntársele sobre hechos concretos o sobre sus relaciones con los progenitores?

Artículo 773. Medidas provisionales

Antes de entrar en el comentario a su regulación, es preciso *con carácter transitorio*, resaltar un extremo de singular importancia:

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición Derogatoria 1.1.^ª mantiene, por el momento, en vigor el Libro Tercero de la actual LEC que regula la Jurisdicción Voluntaria.

Por una deficiencia en su situación en el texto de la Ley, largamente denunciada por la doctrina, el Título IV del Libro Tercero viene dedicado a las Medidas Provisionales en relación con las personas y en su Sección Primera se contienen las mal llamadas *medidas provisionales en relación con la mujer casada*, que son precisamente las que pueden adoptarse en los pleitos matrimoniales y que en el Proyecto son objeto de los arts. 773, 774 y 775 y su oposición (arts. 1881 a 1900 LEC).

De no modificarse la Disposición Derogatoria se daría el caso aberrante de que subsistirían dos clases de medidas provisionales con regulación absolutamente diferente hasta que entrara en vigor la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Entrando en el análisis de la normativa de las medidas provisionales, estamos conformes, en líneas generales, en su estructura, especialmente teniendo en cuenta la persistencia de los arts. 102, 103 y 104 CC, que marcan su diversidad y contenido. Nos congratulamos de modo especial de la desaparición de la oposición a las medidas provisionales.

Sin embargo, debemos hacer algunas puntualizaciones:

En general, parece adecuado señalar que las medidas provisionales serán objeto de una pieza separada, para que en caso de apelación de la sentencia principal, permanezcan en el juzgado de Instancia para su ejecución, salvo que se determine, como veremos más adelante, su sustitución, en todo caso, por las medidas adoptadas en esta resolución, aun cuando sea recurrida.

Artículo 773. Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución.

1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio.

Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de Procurador y Abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior.

2. A la vista de la solicitud, el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes.

En la misma resolución podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares.

3. En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o éste, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en el acto, se señalará término para su práctica dentro de los diez días siguientes.

La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial.

4. *Finalizada la comparecencia o, en su caso, practicada toda la prueba que se hubiere acordado para después de la comparecencia o transcurrido el plazo que se hubiese señalado para practicarla, el tribunal resolverá mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno.*

5. *Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.*

1. Respecto del núm. 2 de este precepto, debería expresarse que la resolución contemplada en el párrafo segundo de este núm. 2., no admite recurso alguno, como se hace respecto de las restantes que se pronuncien en medidas, o bien sustituir las expresiones repetidas, por una única de carácter general.

2. En relación con el núm. 3:

A. Al igual que se contempla la posibilidad de que la aprobación sea total o parcial, debería tenerse en cuenta que el acuerdo de los cónyuges puede alcanzar a todas o a alguna de las medidas. También podría incluirse aquí la obligatoriedad de aprobar lo convenido por los cónyuges, siempre que no sea perjudicial para los hijos.

A este último respecto, debemos señalar que debería omitirse toda mención de que puedan rechazarse los pactos entre los cónyuges, por ser perjudiciales para uno de ellos, según hemos visto en las consideraciones generales. Por otra parte, resulta peregrino pensar que el Juez a la vista del testimonio, pueda juzgar las medidas adoptadas dañosas para los hijos (o gravemente perjudiciales para un esposo). ¿O se trata de un Juez diferente —lo cual nos parece absurdo— que aplique conceptos apriorísticos no personalísimos, no compartidos por otros?

B. Al igual que en el art. 772.2^a debería señalarse la obligación de los cónyuges de concurrir personalmente a la comparecencia, salvo causa justificada. Sólo así puede tener sentido, el contenido sancionador del párrafo segundo.

C. Las alegaciones de los comparecientes y la práctica de la prueba sólo tienen lugar si no hay acuerdo entre las partes o si no es aprobado este acuerdo. Sin embargo, para la aprobación puede —quizá deberíamos decir, debe— ser necesario oír a los comparecientes e, incluso, practicar la prueba necesaria para advenir sus afirmaciones.

3. Señala el núm. 5 de este artículo que las medidas sólo subsistirán si se presenta la demanda, dentro de los treinta días siguientes a su adopción. No

obstante, en las medidas se concede una especial significación a la admisión de dicha demanda (vid. art. 102 CC) y parece lógico que se determine que la inadmisión de la demanda determinará el cese de las medidas previas acordadas.

Artículo 774. Confirmación o modificación de las medidas provisionales previas a la demanda, al admitirse ésta.

1. Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se mandará expedir o solicitar testimonio de las actuaciones sobre adopción de dichas medidas y se unirá dicho testimonio a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio.

A la vista del testimonio, el tribunal confirmará las medidas provisionales adoptadas, si no las juzga dañosas para los hijos menores o incapacitados o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y las completará en lo que fuere necesario.

2. Sólo cuando el tribunal considere que procede modificar o completar las medidas previamente acordadas convocará a las partes a una comparecencia, que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

Consideramos que el trámite confirmatorio o de modificación de las medidas adoptadas en las previas es innecesario y perjudicial. En primer lugar, porque de acuerdo con las normas de competencia a que hemos hecho mención más arriba, debería ser el mismo Juez el que atrajera, en todo caso, el conocimiento del pleito principal y de cualquier modificación posterior y, por lo tanto, ya ha tomado su decisión. En segundo lugar, porque la tramitación de las medidas previas, igual a las posteriores a la admisión de la demanda, permite dotarlas de idénticas garantías. En tercer término, porque si hay alguna medida nueva a adoptar, debe ser objeto de una nueva comparecencia (núm. 2 y art. 775. 1) y si se trata de un cambio de circunstancias, debe procederse por los trámites establecidos para la modificación de medidas. Finalmente, aun en el caso de que el órgano judicial que conociera del pleito principal, fuera diferente del que acordó las medidas previas, dada la tramitación de éstas, con una comparecencia y una prueba, con oralidad e intermediación, parece improcedente que a la vista exclusivamente del “testimonio” de las actuaciones previas, decida convocar a una nueva comparecencia (art. 774.2).

La obligación de confirmar si no las juzga dañosas para los hijos —o perjudiciales a los cónyuges, con la salvedad enunciada para este supuesto— es criterio que debe tenerse en cuenta para la adopción y no para la confirmación, por lo que ésta se revela innecesaria.

Artículo 775. Medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones.

2. Admitida la demanda, el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil.

3. Antes de dictar la resolución a que se refiere el apartado anterior, el tribunal convocará a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 773.

Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

4. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

1. De nuevo debemos señalar lo ya especificado respecto de la formación de una pieza separada, a salvo lo relativo al núm. 4 de este precepto, a lo que ya hemos aludido con anterioridad.

También debemos insistir en que debería mencionarse la posibilidad de que los acuerdos de los cónyuges sean parciales y que el único motivo de rechazo o de no aprobación ha de ser el perjuicio de los hijos.

2. Señala el núm. 1 de este artículo que “el cónyuge que solicite” la nulidad, separación o divorcio, podrá solicitar en la demanda las medidas provisionales que considere oportunas, “siempre que no se hubieran adoptado con anterioridad”.

A este respecto debemos señalar:

A. Que es preciso prever la posibilidad de que en escrito independiente o en la contestación a la demanda principal, sea el demandado el que solicite la adopción de medidas, cuando el actor no las haya pedido, como ocurre con cierta frecuencia.

B. Por otra parte, al excluir de la adopción de medidas provisionales los supuestos en que se hayan adoptado anteriormente, esta mención parece referirse únicamente al caso en que se hubieran acordado medidas “provisionales”, pero habría también que exceptuar el caso de que existieran en vigor medidas

definitivas. Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, pese a que parezca obvio que unas medidas adoptadas en proceso sumario y provisional no deben prevalecer sobre otras definitivas, existen resoluciones de Audiencias Provinciales que no lo tienen claro.

3. Respecto a la comparecencia, como quiera que este precepto hace expresa referencia a lo establecido en el art. 773, no es necesario reiterar lo ya manifestado en nuestro comentario a este precepto.

4. El núm. 4 del art. 775, que comentamos, se refiere a la persistencia de las medidas provisionales adoptadas.

A. Señala que las mismas “quedarán sin efecto —además de en el momento en que se ponga fin al procedimiento de otro modo—, cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia. Esto quiere decir que en los supuestos de apelación, se mantendrían las medidas provisionales aunque el mismo Juez que las adoptó en su sentencia, con mayor conocimiento de causa, haya podido resolver de modo diferente.

La realidad es que una vez que existe una resolución del Juzgado que no se ve afectada por el efecto suspensivo de los recursos —el Auto de medidas provisionales—, debe contemplarse si en cuanto a los efectos de la ruptura que pueden ser objeto de tales medidas, no es más lógico que durante la tramitación de la segunda instancia, no estén en práctica los últimos dictados por el Juez. En caso contrario, se da el supuesto ilógico que el propio Juez esté ejecutando una resolución suya que él mismo ha pensado que es inadecuada, adoptada con menores elementos de prueba y en proceso sumario.

En todo caso, es preciso poner en concordancia este precepto con el núm. 5 del art. 776 que dispone “la eficacia de las medidas” acordadas en la sentencia, aunque se interpongan contra ésta los recursos que procedan. Esto quiere decir que son estas medidas y no las de la sentencia firme (o definitiva en el decir del Proyecto) las que sustituyen a las provisionales. Esta contradicción debe ser aclarada, inclinándonos por la efectividad de las acordadas en la sentencia del pleito principal aunque esté apelada, con las salvedades que señalaremos al comentar este precepto.

B. Por otra parte, el adverbio “definitivamente” no añade nada a las medidas acordadas en sentencia y sólo puede inducir a confusión. Definitivo en los Diccionarios quiere decir “no sujeto a cambios”, lo cual es especialmente incierto en los litigios conyugales, en que las alteraciones de circunstancias permiten modificarlas. Las acordadas en sentencia firme es a lo que se refiere el precepto, pero las mismas no tienen por qué ser definitivas. Pueden tener carácter temporal, como la pensión compensatoria o el uso limitado en el tiempo del domicilio familiar. Lo importante es que sean las medidas adoptadas en la sentencia del pleito principal.

Artículo 776. Medidas definitivas.

1. *En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.*

2. *A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar.*

3. *El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.*

4. *En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.*

5. *Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta.*

1. Ya hemos señalado nuestras objeciones a llamar a estas medidas definitivas. Quizá optaríamos por el adjetivo *principal*. Medidas principales podría ser un término sustitutorio de definitivas.

2. En el núm. 1 se establece la posibilidad de solicitar las “consecuencias” de la nulidad, separación o divorcio. A ello tenemos que hacer alguna observación:

A. Si se las llama medidas en todo el texto de la ley, manténgase el mismo nombre en todas partes. La sustitución de las palabras por sinónimos (los lingüistas desconfían de que existan reales sinónimos), sólo contribuye a la confusión. Lo que puede ser una técnica plausible en la literatura, es rechazable en la redacción de textos legales, en los que la precisión ha de ser el primer objetivo.

B. Se posibilita para presentar en la “vista del juicio” los acuerdos alcanzados para regular las medidas, lo cual nos parece beneficioso, porque claramente va encaminado a los pactos parciales, ya que si es total, se estaría frente a

la conversión del procedimiento en el de mutuo acuerdo. Para desvanecer cualquier duda al respecto, quizá sería conveniente añadir a los acuerdos su condición total o parcial.

3. Se incluye en el núm. 2, sin discriminación alguna, la posibilidad de que el Juez acuerde de oficio las pruebas que estime convenientes sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar. Parece consagrarse así, o al menos acentuarse el carácter inquisitivo de estos procesos. Pero no debe olvidarse que la pluralidad de objetos a resolver, obliga a distinguir algunos en que efectivamente los principios de rogación y congruencia ceden ante el interés público —aquellos referidos a la persistencia del matrimonio, más o menos dudoso hoy, y el evidente de la salvaguarda del interés de los menores o incapacitados— y los restantes en que estos principios se mantienen, como ocurre con la pensión compensatoria.

4. En la redacción del núm. 4 parece que se contemplan las medidas como un todo: “en defecto de acuerdo o en caso de no aprobación del mismo”. Sin embargo, creemos que debe hablarse en plural: “los acuerdos”, y contemplarse la posibilidad de que unas se aprueben y otras no.

5. El contenido del núm. 5 de este artículo, al que ya nos hemos referido anteriormente (comentario al art. 775. 4 del Proyecto) es altamente innovador y debe poner fin a la polémica existente sobre la posibilidad o no de ejecutar provisionalmente estas sentencias —especialmente las de separación— o de hacerlo parcialmente respecto a las medidas o a algunas de ellas.

A. Este artículo hay que ponerlo en relación con el art. 527.1.1.^a del proyecto referido a la ejecución provisional. En él se consigna que no serán provisionalmente ejecutables las sentencias recurridas dictadas en procesos de paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, estado civil y derechos honoríficos, “salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas⁽⁹⁾ con lo que sea objeto principal del proceso”.

Por de pronto, el art. 527 limita la ejecución provisional a las obligaciones y relaciones patrimoniales, lo cual nos sugiere las siguientes reflexiones:

a) Patrimoniales se refiere al patrimonio o “conjunto de bienes” y no a las rentas, pensiones, etc. Una cosa es patrimonial y otra económica, de contenido más amplio.

b) No se contemplan las medidas que afectan a los hijos, la potestad sobre ellos, su custodia, las estancias y comunicaciones con el progenitor que no vive

(9) Las “relaciones” “relacionadas” resulta francamente mal.

con ellos y las mil y una situaciones especiales (cambios de residencia, colegios, salud, etc.). Si es beneficioso —como creemos— que sean las últimas medidas adoptadas las que se ejecuten, antes que los temas económicos —muy importantes— deberían figurar los personales y de los hijos menores o incapacitados.

B. Pero es que además, el art. 776. 4 no contiene esta limitación y por el contrario se refiere a las medidas en relación con los hijos, la vivienda, las cargas, el régimen económico y las cautelas o garantías respectivas. Aunque el núm. 5 no se refiere a la ejecución provisional, el resultado es el mismo y no sería lógico distinguir respecto a estas medidas dos posibilidades: la ejecución provisional de los arts. 526 y ss. y la no suspensión de su eficacia.

C. La enumeración del art. 776.4 ha de ser considerada exhaustiva. Lo cual quiere decir que, por ejemplo, no comprende la pensión compensatoria, efecto típico de la firmeza de la sentencia, en cuyo pronunciamiento ha de tener especial incidencia la disolución del régimen económico conyugal, especialmente si se trata de gananciales u otro de comunidad.

Pero el proyecto menciona las “cargas del matrimonio” (que es diferente de cargas de la familia o de la sociedad conyugal) y, aunque este concepto es de múltiple interpretación en cuanto a su contenido, una doctrina mayoritaria considera que no existen cargas del matrimonio, desde luego cuando se anula o disuelve el matrimonio, e, incluso, cuando se decreta la separación. Es más, cuando procede establecer una pensión en favor de uno de los cónyuges, en la resolución de medidas provisionales, se articula como alimenticia (la compensatoria es improcedente con carácter provisional), dentro de las cargas del matrimonio, mientras que la sentencia del pleito principal, la configura como pensión compensatoria. En cualquier caso, la sustitución de la medida provisional sobre “cargas del matrimonio” no puede ser sustituida por una igual de la sentencia principal, lo cual puede producir una enorme lesión.

D. De modo semejante, puede hacerse referencia a otra de las medidas que el art. 776. 4 menciona expresamente para ser sustituida la provisional por la de la sentencia del pleito principal, que es la “disolución del régimen económico”. A este respecto debemos señalar lo siguiente:

a) La disolución del régimen económico no es una medida provisional. Nosotros defendemos que *debería serlo*, pero por el momento no lo es. Creemos que debería ser una consecuencia a incluir en el art. 102 CC como efecto automático de la admisión de la demanda, para evitar las nefastas y absurdas consecuencias de que separados de hecho los cónyuges y enfrentados en un litigio, se les siga considerando solidarios a los efectos de mantener, por ejemplo, la sociedad consorcial de gananciales. No es éste el momento de extendernos en esta manifestación, ni de argumentar su procedencia, indiscutible a la

vista de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo, sino de proceder con arreglo a la legalidad vigente.

b) En la actualidad, la disolución del régimen económico no puede ser objeto de medidas provisionales, ni de ejecución provisional.

Artículo 777. Modificación de las medidas definitivas.

1. *El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.*

2. *Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 773. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente.*

Los problemas que plantea la modificación de medidas en la redacción propuesta son los siguientes:

1. Si alcanza la posibilidad de modificación a las medidas acordadas como provisionales, ante la duración, en ocasiones muy larga, del litigio conyugal.

2. Si son efectivas las medidas finales (o definitivas, en la redacción del Proyecto) acordadas en sentencia recaída en el pleito principal, cuando estando recurridas, se encuentran en ejecución.

La realidad es que ambas respuestas deberían ser afirmativas, aclarándolo en el texto, para evitar problemas.

Artículo 778. Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

1. *Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo.*

2. *Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en el artículo 90 del Código Civil y el documento o documentos*

en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

3. *A la vista de la solicitud de separación o divorcio, el tribunal mandará citar a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, se acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, sin ulterior recurso, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 772.*

4. *Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.*

5. *Si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a éstos, si tuvieran suficiente juicio. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.*

6. *Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.*

7. *Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.*

8. *La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas.*

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.

9. La modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el artículo anterior.

1. Exige el núm. 2 de este precepto que al escrito inicial se acompañe la “propuesta de convenio regulador”. Esta denominación de “propuesta” —que existe en la actualidad— nos parece errónea y creemos que debe ser sustituida por la de “convenio regulador”, por las siguientes razones:

A. En la actualidad, para contribuir a la confusión de los ciudadanos, se utilizan ambos términos indistintamente y sin razón alguna para el uso de uno u otro. Así el art. 90 CC habla del “convenio” y de los “acuerdos de los Cónyuges” como objeto a aprobar o no el Juez, como la DA 6.^ª 5, se refiere para eliminar defectos o completarlo al “convenio”; la DA 6.^ª 6 a los términos del “convenio” referido a los hijos; y la DA 6.^ª 7 a la aprobación del “convenio”. Por su parte, se refieren a la propuesta los arts. 81 y 86 CC y la DA 6.^ª 2. Y todos ellos se refieren al mismo documento.

B. En nuestra opinión no es propuesta, sino convenio. ¿En que se diferencia una propuesta de un convenio? La propuesta la realiza una sola parte a la otra y si ésta la acepta ya hay convenio. Por lo tanto, si el documento a que nos referimos está suscrito por los cónyuges, no es propuesta. En el caso de que no estuviera aceptado por los esposos —por los dos— tendría que estar al menos suscrito por uno y no por el segundo. En este supuesto, evidentemente no sería posible la ratificación por los dos de lo no convenido (art. 778.3 del proyecto), porque ratificar es reafirmar o confirmar y para ello tiene que haber previo “convenio”. También en este caso, habría que pensar que no hay trámite para su suscripción, después de la aprobación, por lo que la propuesta de convenio, hecha por un cónyuge y aprobada judicialmente, nunca quedaría suscrita por el otro. Aún hay más. No está previsto qué ocurre si no se suscribe; sólo se contempla la posibilidad de que no se ratifique.

La realidad es que se habla del convenio, de lo que pueden pactar o acordar los cónyuges y ese documento en que se plasmen los acuerdos sólo puede ser un convenio y nunca una propuesta.

Si lo que se pretende es considerar algún tipo de matización en la definición del convenio como consecuencia de la exigencia del trámite de aprobación judicial para su plena eficacia, hay que tener en cuenta lo que señala el Tribunal

Supremo en una reciente Sentencia de fecha 22 de abril de 1997 (Ponente 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 del 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 del CC. La Sentencia de 25 junio 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 enero 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 del 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, SS. 25 junio 1987 y 26 enero 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 del CC (...).”

Como puede comprobarse, el estudio antes transcrito, al igual que las resoluciones que menciona y otras muchas, al referirse al convenio regulador, aprobado, sin aprobar o sin presentar a su aprobación, siempre se menciona con tal denominación —convenio— nunca como propuesta de convenio⁽¹⁰⁾.

2. El mismo núm. 2 de este precepto da una clara relevancia a la eficacia probatoria de la prueba documental, exigiendo la presentación de los documentos en que las partes funden su derecho y contemplando la proposición de

⁽¹⁰⁾ Por cierto, que el propio Proyecto se refiere unas veces al “convenio” —art. 778.5, 6, 7, 8 (no es lo mismo el convenio regulador propuesto que la propuesta de convenio regulador) y 9; y otras a la “propuesta de convenio” —art. 778. 2, 4 y 8.

prueba, únicamente cuando no se pueda probar un hecho relevante “mediante documentos”.

Contrasta esta posición con la expresión del art. 754 del Proyecto, en sede de disposiciones generales de estos procesos, que en su núm. 2 resta eficacia probatoria a los documentos públicos y a los privados, aún reconocidos. La realidad es que no alcanzamos a comprender la razón por la cual en estos procesos no son de aplicación las normas de valoración de la prueba documental, que creemos que debe ser mantenida.

3. En el apartado 3 se establece el procedimiento para la ratificación, dando una única y urgente oportunidad a los cónyuges para realizarla y, en caso contrario, se ordena rápidamente el archivo de las actuaciones para que se acuda al procedimiento contencioso. Parece que el legislador considerase esta tramitación de mutuo acuerdo como un privilegio concedido a regañadientes a los esposos, que si no se aplican con celeridad y sin excusas a completarlo, pierden este beneficio. Incluso se utiliza la expresión “de inmediato”. La filosofía, sin embargo, es la opuesta. Hay que dar toda clase de facilidades. Bien está la celeridad (luego se cumplirá o no, porque los plazos están sólo vigentes para las partes y no para los órganos judiciales), pero hay que contemplar toda clase de justas causas que impidan a una parte o a ambas concurrir a la citación para ratificación, en cuyos casos deberá citarse de nuevo.

Por otra parte, debería afrontarse un tema hoy polémico, para evitar interpretaciones dispares. Se trata de la posibilidad de ratificación por poder especial, incluso con expresión literal del convenio, o por exhorto. Damos por reproducidas nuestras razones expuestas a propósito de la comparecencia en el proceso contencioso. Hay veces que, dadas las normas de jurisdicción y competencia, uno de los esposos no puede concurrir a esta diligencia sin grave perjuicio y debería posibilitarse su sustitución en forma legal.

4. Respecto a la audiencia de los hijos, también nos referimos a la ausencia de normativa respecto de esta actuación procesal, de lo que ya hemos hablado anteriormente. Tal y como está redactado el precepto, por otro lado, parece necesario oírles si tuvieran suficiente juicio. Al respecto, creemos que como la Ley del Menor permite que éste sea oído a su petición, sólo procedería hacerlo sin su petición, cuando lo proponga alguna de las partes o los términos del convenio sugieran alguna necesidad de hacerlo. Pero no siempre. Para los hijos es un trago amargo que se debe evitar si no es indispensable.

Con independencia de ello, el criterio del suficiente juicio plantea una duda básica. ¿Cómo sabe el Juez que un menor tiene suficiente juicio si antes no le oye? Y si le oye... ya le ha oído.

5. La expresión de que el recurso contra las medidas establecidas por el Juez en sustitución de las convenidas por los interesados, no suspende su ejecución confirma el criterio de ejecutoriedad de las últimas medidas, pero aquí de

nuevo deben exceptuarse aquellas que sólo pueden ser efectivas tras la firmeza de la sentencia.

6. Sobre la nueva propuesta o su falta, el tribunal (no es un tribunal sino el juzgado) dictará auto, “resolviendo lo procedente”. Dentro de la técnica legislativa, señalar que un órgano judicial debe hacer lo procedente resulta absurdo. Naturalmente. ¿O es que puede en alguna ocasión hacer lo improcedente? Lo que hay que señalar es el contenido de la resolución, que en este caso, es acordar la medida objeto de este incidente.

7. El párrafo segundo de este apartado 8 previene la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en interés de los hijos menores o incapacitados el convenio íntegramente aprobado. La realidad es que la experiencia de esta práctica ha sido nefasta. Si los progenitores del menor o incapaz convienen algo y tras el informe del Fiscal, el Juez aprueba lo pactado, se han adoptado todas las cautelas para salvaguardar el interés de estos hijos. Pretender que el Fiscal que no conoce a los hijos, ni a los padres, que carece de posibilidades de adentrarse en el caso concreto, interrogar a los interesados y allegados o examinar a los hijos, pueda ser un defensor de éstos, es ciencia ficción. La experiencia actual es que han defendido unas posturas teóricas apriorísticas, que han causado un grave daño, manteniendo la pendencia de la causa y la incertidumbre, en casos en que los esposos enfrentados habían logrado superar sus diferencias en beneficio de los hijos.

8. En el núm. 9 al contemplar la modificación de lo convenido o lo acordado en estos procesos, se habla de “cónyuges”, mención que debe ser sustituida, ya que si se trata de divorcio no son ya cónyuges.

9. Aunque carece de trascendencia real, para subrayar el carácter preferente del proceso de mutuo acuerdo, nos parece que debería estar este precepto antes del contencioso.

Artículo 779. Eficacia civil de resoluciones de los Tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

1. En las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica.

2. Cuando en la demanda se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas, se sustanciará la petición de eficacia civil de

la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a las medidas, siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 772.

Nos parece correcto el procedimiento establecido. Sin embargo, sólo se contempla la distinción entre que se pidan medidas o no y, en el supuesto de que no se soliciten, no se prevé la posible discusión sobre la eficacia civil de estas resoluciones. Puede existir una controversia entre, por ejemplo, si la resolución se ajusta o no al derecho del Estado (art. 80 CC) o sobre si se cumplen las exigencias legales para el exequátur (anterior art. 954 LEC). No parece procedente que se resuelva sin más después de una audiencia simplemente, cuando exista oposición.

Tampoco se contempla la posibilidad de que se pidan medidas, pero de común acuerdo, en cuyo caso debe hacerse remisión al proceso del art. 778, y no al del art. 772.

VII. DE LA DIVISION JUDICIAL DE PATRIMONIOS. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL (Título II, Capítulo II)

Artículo 804. Ambito de aplicación.

La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables.

1. Este precepto señala el ámbito de aplicación de forma que queda excluido el régimen de participación, en el que no existe una masa común de bienes. (vid. 1413 CC). Sin embargo, no sólo debe encuadrarse en este capítulo el expresado régimen conyugal, sino que así se hace en el Proyecto, dedicándole el art. 809. Habría, pues, que añadir este régimen al ámbito de aplicación, especialmente cuando, como veremos más adelante, también debería ser posible la formación de los inventarios de bienes de ambos cónyuges.

2. Quizá debería aprovecharse este procedimiento para liquidar cualesquiera otros regímenes, incluso las prestaciones mutuas tras la disolución del régimen de separación de bienes, de los bienes en proindiviso, a petición de cualquiera de los esposos y de cualquier patrimonio común, así como los pactos que generen liquidaciones derivados de las capitulaciones, aunque no haya patrimonio o masa común.

3. Uno de los temas que nos perturba al respecto, es el de una definición previa, antes de liquidar, sobre cual sea el régimen económico conyugal. Es evidente que el primer principio para la liquidación del régimen matrimonial, es saber cual sea éste.

No estamos buscando problemas donde no los hay, pero, cuando faltan capitulaciones —casi siempre— y hay que aplicar el régimen supletorio, desaparecido el criterio del correspondiente al marido, existen múltiples incertidumbres. Téngase en cuenta, que en España existen siete regímenes subsidiarios, con independencia de los problemas que planteen los matrimonios entre nacionales de distintos países, cada día más frecuentes. La vecindad civil puede adquirirse, además, de forma involuntaria, por la simple residencia en territorio especial o foral, sin expresión en contra de tal adquisición ante el Encargado del Registro Civil (art. 14.5.2.º CC). Incluso el propio Código se hace eco de la posibilidad de la duda (art. 14.6 CC).

Pues bien, la concreción de los efectos del matrimonio, y entre ellos el régimen económico, tiene en cuenta la posible diversidad de vecindades civiles —quizá desconocidas para los interesados— (arts. 16. 3 y 9. 2 CC), para atribuir, a falta de pacto expreso, la aplicabilidad de la legislación de la residencia habitual común posterior al matrimonio; y, a falta de ésta, la del lugar del matrimonio. Todos estos son hechos en que la posibilidad de discusión no puede calificarse de entelequia.

¿No parece necesario despejar esta duda, antes de adentrarnos en la normativa de la liquidación? Quizá debería determinarse que en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, en la que existe el efecto necesario de la disolución del régimen conyugal (art. 95), se expresara cuál ha sido este régimen.

Artículo 805. Competencia.

Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

1. Debemos reiterar lo manifestado en los comentarios al art. 771 del proyecto. Estas normas deberían situarse siempre en el art. 49 del proyecto.

2. No se establece la competencia cuando la disolución haya tenido lugar por fallecimiento de uno de los cónyuges, por declaración de ausencia o fallecimiento o por haber modificado el régimen por capitulaciones.

Artículo 806. Solicitud de inventario.

1. *Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario.*

2. *La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil.*

A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta.

1. Como ya hemos expresado con anterioridad, consideramos una aproximación a la postura que defendemos, que la formación de inventario pueda solicitarse y tener lugar al admitirse la demanda de nulidad, separación o divorcio. Sin embargo, mientras no esté disuelta (creemos que debería disolverse con esta admisión) podrán seguir produciéndose variaciones en los activos y pasivos de la sociedad matrimonial, con lo cual la formación de inventario ha de resultar inefectiva e inexacta.

2. La posibilidad debería extenderse al régimen de participación, en que no existe una masa común de bienes, pero en el que los patrimonios finales de ambos cónyuges determinan, a través de sus diferencias y su relación con los iniciales, las percepciones a que tenga derecho el menos favorecido.

Artículo 807. Formación del inventario.

1. *A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, el tribunal señalará día y hora para la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges.*

En el día y hora señalados, procederá el Secretario, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate.

Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.

En el mismo día o en el siguiente, el tribunal resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

2. *Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.*

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

1. En el núm. 1 de este precepto se hace mención a las consecuencias de la incomparecencia de un cónyuge, sin causa justificada, a la comparecencia para la liquidación. A este respecto, se nos plantea la duda de si lo que se pretende es la concurrencia personal de los esposos o solamente se refiere a la concurrencia de la parte, representada por Procurador y defendida por Abogado. La disyuntiva surge de la exigencia en algunos de estos procesos, por su carácter personalísimo, de que sean ellos mismos quienes asistan a los juicios, mencionando expresamente “por sí mismos” (art. 772.2^a) y con el mismo fundamento refiriéndose a la comparecencia de medidas provisionales, en las que la presencia de los interesados parece igualmente beneficiosa y obvia, sólo se utiliza la misma expresión que en el precepto que comentamos: “la falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges [...]” (arts. 773.3 y 775.3, que se remite al anterior), que solo se diferencia en la expresión “comparecencia” en lugar de “asistencia”.

Quizá debería unificarse la terminología, teniendo en cuenta que, si bien en el juicio matrimonial o en las medidas provisionales la presencia física de los esposos es extremadamente conveniente, en la diligencia de formación de inventario o en la liquidación del régimen, no parece necesaria.

2. Se establece la posibilidad de que el Juez resuelva sobre la administración de los bienes inventariados, lo cual nos parece positivo. Sin embargo, al describir el acto de formación de inventario, no existe la menor alusión a la administración, propuestas de las partes, etc. Creemos que debería hacerse una referencia, genérica y total, a la Sección 3.^a del Capítulo I del Título anterior —II— que se refiere a la división de la herencia, dentro de la “división judicial de patrimonios”.

3. De nuevo reiteramos nuestra objeción a la denominación de “vista” para este acto. El nombre habitual para el mismo, que no parece estar precisado de cambios, sería “comparecencia”.

4. Expresamos nuestras dudas sobre la posibilidad de regular la administración de bienes o derechos sobre los que exista una discrepancia en cuanto a su calificación, privativa o consorcial.

Estas resoluciones no estarían incluidas en aquellas que el art. 527.1.1^a considera excluidas de la ejecución provisional, por tratarse de un pronuncia-

miento que afecta a “relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso”. Sin embargo, no puede ser considerada como una sentencia de condena, que son las susceptibles de ejecución de conformidad con el art. 528 del Proyecto. En consecuencia, entendemos que la apelación interpuesta contra los pronunciamientos calificativos constituiría un obstáculo para determinar acerca de su administración, aunque la resolución apelada calificara el bien como consorcial, lo que disminuye las garantías pretendidas, porque bastaría a una parte con impugnar la condición de común de un bien, para excluirlo de esta normativa. Consideramos que debería, en consonancia con el espíritu general del texto del Proyecto, determinar la posibilidad de ejecutar los pronunciamientos de administración sobre los bienes calificados en la sentencia apelada como consorciales.

5. Quizá también en este mismo proceso de calificación de bienes, podría resolverse acerca del régimen existente entre las partes, cuando planteen la discrepancia, como hemos razonado más ampliamente al comentar el art. 804 del Proyecto.

Artículo 808. Liquidación del régimen económico matrimonial.

1. *Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de éste.*

2. *La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables.*

3. *Admitida a trámite la solicitud de liquidación, se señalará el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante el Secretario al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y, en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias.*

4. *Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 786 de esta Ley.*

5. *De no lograrse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico-matrimonial, se procederá al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el artículo 782 de esta Ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 783 y siguientes.*

1. Se establece la posibilidad de solicitar la liquidación del régimen económico, cuando concurren dos condiciones: la firmeza de la resolución que disuelva el régimen y la conclusión del inventario. Sin embargo, esta última no parece contemplar la posibilidad, recogida en el art. 807. 2 de que exista entre las partes otro litigio relativo a la inclusión o exclusión de bienes, en el que es necesaria la firmeza de la sentencia que recaiga en el mismo para poder proceder a la liquidación. Estimarlo comprendido en la palabra “conclusión” parece improcedente. “Conclusión” sugiere una terminación voluntaria y no a través de un pleito, máxime cuando respecto a la otra condición se habla de firmeza de la sentencia.

2. Debe reiterarse aquí lo expuesto en el comentario al art. 807. 1 en relación con la exigencia de comparecencia de los cónyuges.

Artículo 809. Liquidación del régimen de participación.

1. No podrá solicitarse la liquidación de régimen de participación hasta que no sea firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial.

2. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya una estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, expresando, en su caso, la cantidad resultante a pagar por el cónyuge que haya experimentado un mayor incremento patrimonial.

3. A la vista de la solicitud de liquidación, se señalará el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante el Secretario al objeto de alcanzar un acuerdo.

4. Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.

5. De no existir acuerdo entre los cónyuges, se les citará a una vista, y continuará la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, determinando los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, así como, en su caso, la cantidad que deba satisfacer el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un mayor incremento y la forma en que haya de hacerse el pago.

1. Se refieren los núms. 2 y 5 de este precepto exclusivamente al supuesto de que el patrimonio de un cónyuge haya experimentado un mayor incremento que el del otro. Sin embargo, el art. 1428 CC contempla también el caso de que sólo uno de los patrimonios arroje un resultado positivo. Si la Ley procesal hace alusión específica a uno de los supuestos de liquidación, debe hacerlo al otro.
2. Según ya hemos manifestado con anterioridad, es de aplicación a este precepto lo señalado en cuanto a la comparecencia personal o no de los cónyuges.

REFLEXIONES CRITICAS EN TORNO A LA CONSTITUCION DE LA ADOPCION A TRAVES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

EVELIA ALONSO CRESPO

Secretaria Judicial de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION**
 - II. RAZONES GENERALES EN FAVOR DE LA APLICACION DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA AL CAMPO DEL DERECHO DE FAMILIA, Y EN CONCRETO A LA ADOPCION**
 - 1. La jurisdicción voluntaria en el Derecho de Familia.
 - 2. La constitucionalidad de los expedientes de jurisdicción voluntaria.
 - 3. Razones a favor de aplicar la jurisdicción voluntaria al procedimiento de adopción.
 - III. EFECTOS DE COSA JUZGADA EN EL AUTO CONSTITUTIVO DE LA ADOPCION**
 - 1. Cosa juzgada formal.
 - 2. Cosa juzgada material.
 - IV. CRITICAS A LA TRAMITACION DE LA ADOPCION A TRAVES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA**
 - 1. Exigencia de distinto tratamiento entre la adopción y otros institutos de protección de menores.
 - 2. La falta de garantías procesales.
 - 3. Conclusiones.
-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

En la generalidad de los países de nuestro entorno en que la autoridad judicial interviene en la constitución de la adopción⁽¹⁾, ésta se constituye, se autoriza o se aprueba, según los casos, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, y ello plantea una serie de cuestiones que van a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

No procede entrar a discutir⁽²⁾ si la jurisdicción voluntaria es función administrativa o jurisdiccional⁽³⁾. Sea cual sea su naturaleza, lo cierto es que la tra-

(1) Existen países en que la adopción se atribuye a órganos administrativos, como son los escandinavos o algunos socialistas. En España siempre intervino un órgano judicial, (con independencia de la competencia administrativa en las etapas previas), siendo aisladas las voces que abogan por encargar la constitución de la adopción a órganos administrativos. Por otro lado conviene no confundir la competencia administrativa en la materia con el hecho de que algunos autores consideren que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción sino actividad administrativa. Una peculiar visión sobre ambos aspectos es la que ofrece J. CERDA GIMENO, partidario de que todo lo relativo a la adopción se lleve al campo administrativo, (“Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción”, RCDI, mayo-junio 1987, págs. 711 a 799, y también en “Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (Comentario a la STS de 22-6-72 y 28-5-73)” RCDI 1985, págs. 407 a 477).

(2) Incluso el TC, con prudencia, reconoce que hay que ir caso por caso, negándose el propio Tribunal (sentencia núm. 13/81) a sentar conclusiones generales. Incluso, no queda mas remedio que reconocer con la doctrina general (B. GONZALEZ POVEDA, “Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria” en Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, *Jurisdicción voluntaria*, CGPJ. 1996,.” página 18), que ni toda la jurisdicción contenciosa conlleva controversia, ni toda la voluntaria implica ausencia total de contienda, pues existen casos en que la controversia va implícita (ej., cuando el juez autoriza para disponer de gananciales se parte de que uno de los cónyuges está en desacuerdo, o cuando se pretende impugnar la resolución administrativa declarando el desamparo). Vid también págs. 23 y ss., referentes a las tendencias modernas españolas que se apartan de buscar un denominador común a “todos” los actos de jurisdicción voluntaria.

(3) Un repaso a las teorías sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria puede verse en GONZALEZ POVEDA, “Relaciones...” op. cit. págs. 19 y ss. Inciden directamente en la diferenciación autores como M. SERRA DOMINGUEZ, “Naturaleza jurídica de la Jurisdicción Voluntaria, págs. 621 a 642, en el libro *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat, 1969; en este caso en pág. 619 y ss.; o R. GIMENO GAMARRA, “Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria” ADC 1953, págs. 5 a 80; en concreto p. 16 y ss. Vid. también R. M.º MORENO FLORES, *Acto constitutivo de la adopción*, Colex, 1985, en concreto págs. 64 y ss. J. F. HERRERO PEREZAGUA, *Tutela Cautelar del Menor en el Proceso Civil*, Edit. Cedes Derecho Procesal, 1997, págs. 25; o F. GOMEZ DE LIAÑO, *El proceso civil*, Edit. Forum, 1996, p. 509.

mitación del expediente en que se constituye la adopción se encomienda a órganos judiciales, existe un régimen de recursos, se regula por normativa procesal civil, por lo que la doctrina viene entendiendo que se trata de una labor judicial contenida en el art. 117.4 C.E. Muchos autores, civilistas por lo general⁽⁴⁾, le asignan una naturaleza jurisdiccional, al decir que el auto constituyente es de naturaleza procesal-jurisdiccional; pero en realidad, entendemos que se refieren a la atribución de competencias a órganos judiciales por contraposición a órganos administrativos (en concreto por referencia a la llamada administrativación de las etapas previas a la adopción). Sin embargo, la distinción última no es banal, porque de ser de naturaleza genuinamente jurisdiccional sobraría hablar de la esencia de la jurisdicción voluntaria, y de si el auto goza o no de cosa juzgada material; sobre todo sobrarían las críticas centradas en que se tramite la adopción por expediente y a que no exista conversión en contencioso en caso de oposición⁽⁵⁾.

Parece ir contra corriente preguntarse siquiera si acudir a la jurisdicción voluntaria para constituir la adopción es correcto; pero el planteamiento es necesario con la regulación española actual tal como quedó por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, retocada por la LO 1/1996, llamada Ley del Menor. La reforma de 1987 supuso un cambio trascendente en cuanto a la forma de constitución de la adopción⁽⁶⁾, pues en lo que ahora importa, deja claro que *la adopción se constituye por resolución judicial* (art. 176 CC); la citada Ley que aplica la jurisdicción voluntaria, excepciona una de las reglas fundamentales de ésta (la contenida en el art. 1817 LEC) de modo tal que siembra bastantes dudas,

(4) B. VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Comares, Granada 1994, p. 208 entre otras; o E. VALLADARES RASCÓN, "Comentario al art.176 en la ley 21/87", en *Comentarios a las reformas del Código Civil, 1994*, dirigidas por Bercovitz, págs. 150 a 181, y en concreto la 152; también F. SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de familia, IV. Acogimiento y adopción*. en Cuadernos Civitas, 1989, particularmente p. 89; al que sigue M. A. PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, en la página 205. También C. CIMA GARCÍA, "Finalidad constitutiva del acto de adopción (Comentario con motivo del anteproyecto de la Ley de adopción)", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, págs. 413 a 421.

(5) No cabe duda de que en el declarativo debatiendo si los padres están incurso en causa de la privación de la patria potestad el juez ejerce función jurisdiccional.

(6) Una vez que desaparece la escritura pública, desaparece también la inmensa diatriba anterior a la reforma de 1987 acerca del momento perfectivo de la adopción y el verdadero papel que correspondiera al juez en la constitución de la misma. La intervención de la voluntad de los interesados cobra hoy, no una nueva dimensión, pero sí nuevas connotaciones, puesto que ya pocos siguen creyendo que la adopción sea hoy un negocio del Derecho de familia.

entre ellas la de si, una vez planteada oposición (solicitud contraria a lo pedido por el solicitante o promotor) por algún interesado, el mantenimiento de la tramitación por esta vía es o no constitucional, o al menos si no compromete derechos procesales de personas implicadas.

Grosso modo es defendible que cuando no existe oposición alguna la constitución de la adopción por y a través de un expediente de jurisdicción voluntaria es acertado porque se aprovechan sus ventajas (refrendadas incluso por el TC) sin riesgo de distorsionar las consecuencias procesales de la resolución judicial, pues se presume que tales consecuencias no causan perjuicios para terceros interesados.

Sin embargo en el momento que existe una oposición (es cierto que fuera del caso de adopción ocurre también que no toda oposición genera sobreseimiento del expediente o su conversión a contencioso) sobre todo cuando es la de los padres biológicos del adoptado, se pone en tela de juicio la idoneidad de la tramitación por jurisdicción voluntaria, pues como parte en la relación jurídica que se va a extinguir con la adopción, puede resultar insuficiente para los derechos dimanantes de la tutela judicial efectiva de los padres la solución legal de tramitar toda oposición en el propio expediente, excepto en el proceso necesario para decidir si su asentimiento es o no inexcusable.

Elucubrar sobre la adecuación de la jurisdicción voluntaria al tema adoptivo no puede evitar que entremos en el campo movedizo de la teoría y dogmática de la jurisdicción voluntaria en el que ni siquiera la doctrina especializada se pone totalmente de acuerdo sobre su propia esencia y los puntos diferenciadores con la contenciosa. Por ello lo que se diga debe ser tomado con la advertencia de que se busca sentar un debate, y acaso llegar a una conclusión aproximativa dentro del contexto estudiado, partiendo de unas cuantas notas que se vienen atribuyendo a esta *jurisdicción* —que ni es jurisdicción, ni es voluntaria como se suele decir⁽⁷⁾— entresacando las que afectan a la meta propuesta.

Conviene dejar sentado que el procedimiento para constituir la adopción, en este caso, expediente de jurisdicción voluntaria, tiene más trascendencia en el tema adoptivo de la que realmente se le está dando. Por otro lado, conviene asimismo dejar sentado que se evidencian como en ningún otro las interferen-

(7) Vid. J. L. GOMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, II (Con MONTERO AROCA, Ortells Ramos y Montón Redondo), 2º tomo, 1993, en concreto págs. 759-761.

cias entre jurisdicción voluntaria y contenciosa⁽⁸⁾, hasta el punto de que del expediente y del auto resolutorio del mismo constituyendo la adopción⁽⁹⁾ se siguen consecuencias propias de una resolución constitutiva recaída en sede contenciosa, lo que hace cuestionarse de si técnicamente ello es correcto, o si realmente importa discutir sobre la corrección o incorrección porque: o bien no es necesario —o jurídicamente exigible— que ello sea correcto en buena técnica procesal, ya que el legislador puede escoger la opción procedimental, siempre que no produzca indefensión, STC 93/83, o bien porque el interés del menor (verdadero motor de la adopción) permite —o impone— distorsiones, como las que se verán.

II. RAZONES GENERALES EN FAVOR DE APLICACION DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA AL CAMPO DEL DERECHO DE FAMILIA, Y EN CONCRETO A LA ADOPCION

1. La jurisdicción voluntaria en el Derecho de Familia

La intervención judicial en el ámbito general de la jurisdicción voluntaria, frente a la atribución a órganos administrativos, viene reconocida por la gran mayoría de la doctrina por entender que se acude al juez “...no como árbitro o dirimidor de una contienda, sino como sujeto dotado de autoridad —*auctoritas*— y potestad jurídica, que son elementos necesarios para los efectos que se pretenden”; por “...suponersele imparcial, independiente y buen jurista”⁽¹⁰⁾; porque “...hay que valorar algunas situaciones con criterios que no son de mera calificación jurídica, sino también introductivos de juicios de oportunidad, con-

⁽⁸⁾ Para algunos, como F. RAMOS MENDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1976, p. 293. “...hay que superar el planteamiento de jurisdicción contenciosa/jurisdicción voluntaria. Este responde a la creencia de que la controversia es el símbolo por antonomasia del proceso judicial, tesis que ya la doctrina ha superado. (*Derecho y proceso*, 1978, p. 293).

⁽⁹⁾ En su día opinó A. HERNÁNDEZ GIL, *Dictámenes*, I, *Adopción*. Madrid 1968, p. 41, para admitir la simulación en el campo adopcional: “Cuando se debate la naturaleza de la adopción no es propiamente la relación derivada de la misma la que suscita opiniones encontradas, sino mas bien el acto a virtud del cual se funda aquella”; hoy día hay que matizar: la relación surgida es irrevocable totalmente, y ello impide un posterior declarativo que permita cualquier tipo de impugnación de dicha relación adoptiva (fuera de ataques meramente procesales), por lo que se llega a la conclusión de que en la actualidad la adopción, como efecto constituido y el acto constituyente, están tan íntimamente ligadas que el estudio de ambos aspectos no puede diseccionarse.

⁽¹⁰⁾ A. DE LA OLIVA, *El Derecho Procesal*, vol. II, (con Miguel Angel Fernández) pág. 299. Igual SERRA DOMINGUEZ, “Naturaleza...” op. cit. p. 638, aunque páginas antes, 625, dudó de tal independencia pues el juez ha de satisfacer intereses de la sociedad.

veniencia o aplicaciones de equidad”⁽¹¹⁾; quizás por ello se considera al juez como custodio del Derecho de Familia (también STC 298/93, fundamento 5).

Con todo, justo es admitir que al juez se ha acudido y se sigue acudiendo por motivos de política legislativa⁽¹²⁾ y por lo tanto de forma fluctuante, aunque con la nueva naturaleza jurídica de la adopción, el juez no es sólo cualificado receptor de voluntades, ni el celoso vigilante del cumplimiento de la normativa de turno controlando la legalidad, sino que detenta la voluntad del Estado a la hora de constituirla hasta el punto que se habla de ésta como acto de autoridad y expresión de la voluntad estatal.

La aplicación de la jurisdicción voluntaria para la constitución de la adopción se enmarca en la conceptualización propia de tal *jurisdicción* en cuanto al campo del Derecho de Familia se refiere, se centra en la actividad del Estado dirigida a la constitución de situaciones y relaciones jurídicas, a su desarrollo y modificación. Ello es así porque por voluntad del legislador el juez interviene para conseguir efectos que la sola voluntad de la parte no consigue —se habla de *necesariedad*⁽¹³⁾, por contraposición a la *subsidiariedad* de la intervención judicial— a lo que se puede añadir que el Estado actúa para proteger los derechos de los particulares en casos en que se considera necesario por no estar los interesados en condiciones de defenderlos por sí mismos, llegándose a defender por algunos que el Estado a través del juez ejerce de este modo una especie de

(11) J. ALMAGRO NOSETE, p. 492. (J. ALMAGRO NOSETE, con V. GIMENO SENDRA, V. CORTES DOMINGUEZ y V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal* Tomo I, Vol. II, Parte general proceso civil. Tirant lo blanc, Valencia, 3.ª edición, 1988).

(12) SERRA DOMINGUEZ, “Naturaleza...”, op. cit. p. 627. En el tema que nos ocupa, la política legislativa queda reflejada en la Exposición de Motivos de la Ley 21/87; pero honestamente, siempre, y con otros presupuestos políticos y sociales la jurisdicción voluntaria fue el vehículo en materia de adopción, si bien la función del juez, (sobre todo para los defensores de que el acto constitutivo era la escritura pública) tuvo otros cometidos.

(13) En realidad esta razón es también la que aducen quienes entienden que la jurisdicción voluntaria es de naturaleza administrativa, (vid. GONZALEZ POVEDA, “Relaciones...” op. cit. p. 19). Sea o no razón ‘administrativista’ lo cierto es que en el caso de la adopción nunca la sola voluntad de las partes bastó para crear o incluso extinguir ésta. El carácter de *necesidad* es precisamente uno de los predicados de esta *jurisdicción*; para el caso de adopción expresamente entiende GOMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional...* op. cit. p. 775, que se trata de un “Acto necesario, a pesar de ser de jurisdicción voluntaria, porque la adopción... requiere... la aprobación judicial”.

Vid. también SERRA DOMINGUEZ, “Naturaleza...” op. cit. págs. 634 y ss. para un estudio de sentencia constitutiva, con carácter necesario o supletorio.

Administración del Derecho Privado⁽¹⁴⁾: no obstante, es precisamente el matiz de interés social y carácter público lo que se predica en los casos afectantes a la protección de menores o incapaces y en aquellos que afectan al estado civil de las personas, hasta el punto de que se acude al juez precisamente por tener autoridad y además competencia para incidir definitivamente en derechos subjetivos de los interesados (entre otras cosas limitando la autonomía privada) cosa que un órgano administrativo no podría hacer.

2. La constitucionalidad de los expedientes de jurisdicción voluntaria

Estando implicados derechos y garantías recogidas en el art. 24 C.E., en los casos en que existe contienda más o menos explícita, se pone en tela de juicio la constitucionalidad de la jurisdicción voluntaria. El Tribunal Constitucional⁽¹⁵⁾ la ha declarado en varias ocasiones respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria en general, que no suponen, de por sí, indefensión a los interesados siempre que se respeten en ellos sus garantías procesales contenidas en el mencionado precepto⁽¹⁶⁾. Lo que ocurre es que en materia de protección de menores, al Tribunal han llegado más que nada asuntos relativos a acogimiento y no

(14) Cit.: J. GUAPS, *Derecho procesal civil*, T.II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 946 y ss., concluyendo que la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es administrativa y no jurisdiccional. GIMENO GAMARRA, “Ensayo...” op. cit. p. 10, con expresa citación de actos para la protección de los menores...Rebate al anterior SERRA DOMINGUEZ (“Naturaleza ...” op. cit. p. 623, nota a pie 36. Entiende también GONZALEZ POVEDA, “Relaciones...” op. cit. p. 22, que este fin dado por GIMENO GAMARRA no basta para diferenciar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, pero entendemos que ello no obsta a que, aunque insuficiente, sea clarificador, aunque solo sea en relación a esta clase de actos de jurisdicción voluntaria en que se halla la adopción. Por otro lado, la aplicación de derecho privado bastaría para justificar la posición jurisdiccionalista para GÓMEZ COLOMER (*Derecho jurisdiccional*, op. cit. p. 763), si bien, entendiendo que el juez no ejerce jurisdicción al no existir controversia, cree este profesor que dicho juez cumple con otra función atribuida por el art. 117 CE, tutelando y garantizando derechos privados.

(15) En el tema que nos ocupa el TC se ha pronunciado en SSTC 13/81, 298/83, 71/90, 114/97 y 143/90. A nivel general es esclarecedora también la sentencia 93/83.

(16) Son muchos los autores que comparando la jurisdicción voluntaria con la contenciosa entienden que en aquella las garantías no se respetan, pudiendo citarse a A. ROBLES ACERA Y L. MARTÍN CONTRERAS, *Guía práctica de la Jurisdicción Voluntaria*, Colex, 1991, 16-17, respecto de los principios de dualidad de partes, publicidad, contradicción. J. F. HERRERO PÉREZAGUA, *Tutela Cautelar del Menor en el Proceso Civil*, Cedes Derecho Procesal, 1997, parte de que la jurisdicción voluntaria no es suficiente por no contener las garantías necesarias que salvaguarden la tutela judicial efectiva de otros interesados.

propiamente de adopción, y en los que el Tribunal parte —o al menos late en él la idea— de que es posible un declarativo posterior, (o que la cosa juzgada material está limitada, lo que puede afectar a lo mismo); véase por todas, el fundamento jurídico núm. 6 de la STC 298/93, sentencia que además llega a reconocer que ni la LEC ni el CC. (Ley 21/87) recogen la forma en que se podían defender los derechos de los interesados cuando una entidad pública entendía que un menor estaba en situación de desamparo, cosa que remedió la Ley del menor, (pero sólo respecto de las resoluciones recaídas en jurisdicción voluntaria dimanantes de los arts. 158 y 172 a 174 del CC) con la Disposición adicional 1.^a, pues deja a salvo la vía judicial ordinaria. Sin embargo, limitándonos al tema de protección de menores, no siempre la doctrina del TC y la solución dada en casos concretos ha sido bien recibida y ni mucho menos compartida⁽¹⁷⁾. En realidad, no parece tener en cuenta el alto tribunal que la adopción es un supuesto con características propias y efectos irreversibles, por lo que no se pueden reconducir a la misma solución expedientes relativos a su constitución y cualquier otro que afecte a protección de menores⁽¹⁸⁾, por la posibilidad de acudir, en éstos, a un declarativo posterior.

En la jurisprudencia menor, se observa también la convicción judicial de que los expedientes relativos a la protección de menores, y de adopción en con-

(17) Concretamente la STC 13/81 (en un expediente sobre régimen de visitas a un menor), es criticada duramente. Vid., entre otros, GONZALEZ POVEDA “Relaciones...” op. cit. p. 28, quien entiende que se produjo real indefensión al padre por no permitir convertir en contencioso el expediente, posibilitando la actuación arbitraria del juez y la acción fraudulenta de los solicitantes. A su vez la sentencia 298/83 es criticada por J. EGEA FERNANDEZ, “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las SSTC 298/1993 de 18 de octubre y 260/1994, de 3 de octubre” Derecho Privado y Constitución núm. 5/95, págs. 253 a 288, por entender que mientras no se modifique la LEC y se especifique claramente cual el régimen de impugnación de las resoluciones recaídas en la jurisdicción voluntaria, no hay razón para creer que la jurisdicción voluntaria sea el cauce más adecuado con exclusión de los demás. Claro es que se refería Egea a los expedientes de oposición judicial a la declaración de desamparo por la entidad pública, y la DA 1.^a de la L.O. del menor ahora ya deja abierta la posibilidad de la vía contenciosa, lo que demuestra que el legislador hubo de admitir la inadecuación de que hablaba Egea, y que se mantiene ahora respecto de la adopción.

A modo ilustrativo, y respecto al tratamiento procesal del control judicial en materia del art. 172.1 CC puede verse J. LORCA MARTINEZ, “La tutela ex lege o tutela de los menores en situación de desamparo” Ac núm. 24, págs. 1822-1823.

(18) Igualmente se pronuncia HERRERO PEREZAGUA, comentando la STC 114/97, en Tribunales de Justicia núm. 6, p. 673.

creto, respetan las garantías procesales de los interesados, más o menos en los mismos términos que el TC aduce⁽¹⁹⁾.

3. Razones a favor de aplicar la jurisdicción voluntaria al procedimiento de adopción.

Apoyada pues, la aplicación de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del derecho de familia, existen razones para su aplicación en concreto al caso de la adopción, en base a razones de urgencia⁽²⁰⁾, en su flexibilidad y simplicidad de trámites⁽²¹⁾ (sobre todo por la no preclusión), por las amplias facultades de que

⁽¹⁹⁾ Una relación de las mismas puede verse en VARGAS CABRERA, *La protección...* op. cit. p. 355 y anteriores); y sobre todo es elemental la relación actualizada que hace A. J. PEREZ MARTIN, *Derecho de Familia, Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Ed. Lex Nova S.A. Valladolid, 1998, págs. 413 y ss. con el texto de las resoluciones. Cabe añadir el Auto de la AP de Oviedo, sala 4ª de 30-1-96, que decide que la jurisdicción voluntaria, (se alegaba el art. 158 CC sobre custodia de menores), es respetuosa con las garantías procesales.

⁽²⁰⁾ Urgencia que justifica que incluso se vaya directamente a la impugnación judicial de las actuaciones administrativas sin pasar por al vía contenciosa administrativa previa (art.172.6 CC), o que en materia de desamparo los recursos se admitan solo en un efecto; razones de urgencia inducen a algunos a desechar la tramitación de un juicio de menor cuantía para la solución de todas las cuestiones relativas a la protección de menores; así lo mantiene EGEA FERNANDEZ, “La doctrina...” op. cit. págs. 263-264, sin perjuicio de resaltar lo incongruente de acudir a la jurisdicción voluntaria cuando la cuestión nace originariamente contenciosa, por lo que proponía, antes de la Ley del Menor, acudir al juicio verbal a los efectos de impugnar judicialmente la resolución administrativa declarando el desamparo del menor, op. cit. p. 270, como alternativa a los trámites del jurisdicción voluntaria. Vid. también F. DE BENITO ALONSO, “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y la guarda” En jurisdicción voluntaria XVI, CGPJ, Madrid 1996, págs. 265-266.

En el Convenio de la Haya sobre adopción se dispone que los Estados establecerán procedimientos ágiles y rápidos. Por su parte el Convenio Europeo del Derechos Humanos de 1950, art. 6.1. y 2, propugna un proceso justo y con todas las garantías. También la Recomendación a los estados miembros sobre las medidas urgentes relativas a la familia, por el Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros, el 9-9-91, alude a las medidas urgentes.

⁽²¹⁾ Flexibilidad de la que habrá que aprovechar sus ventajas pero no sus inconvenientes, sin que compartamos la tesis de HIJAS FERNANDEZ “Tutela, guarda...” p. 45) comentando la STC 298/93, de que la jurisdicción voluntaria sea preferible a la contenciosa y que no quepa alegar nulidad de actuaciones por vía del 238-3.º LOPJ “...al no existir una específica regulación legal de la materia, mal se puede hablar de que se “prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley”, y menos aún que se produzca indefensión, pues la jurisdicción voluntaria permite una flexibilidad alegatoria y probatoria de la que no gozan los procedimientos contenciosos...”.

gozan los interesados en la alegación y petición de pruebas, y sobre todo del juez a la hora de investigar y justificar su decisión, (es un procedimiento en parte inquisitorio⁽²²⁾), a lo que se une la discrecionalidad de que dispone el juez en la toma de decisiones; discrecionalidad⁽²³⁾ que a veces, pudiera devenir en arbitrio, lo que explica en parte las reticencias de quienes critican la opción legislativa; en otro sentido incluso se alega a favor de la aplicación de la jurisdicción voluntaria en la protección de menores, un efecto psicológico⁽²⁴⁾, o que resulta un procedimiento barato.

(22) Rige en gran medida el principio de oficialidad frente al dispositivo de la jurisdicción contenciosa; (vid entre otros: GONZALEZ POVEDA "Relaciones..." op. cit. p. 53; GIMENO GAMARRA, "Ensayo...", op. cit. p. 66; C. CIMA GARCIA "En orden al procedimiento de adopción para determinados supuestos de menores abandonados" Revista de Derecho Procesal III, 1968, pág. 157, BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Comentarios a los art. 172 a 180 del Cc en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por Albadalejo. T.III Vol. II, 1982 pág. 335.

(23) CERDA GIMENO "Notas..." op. cit. p. 756, niega que la discrecionalidad opere a favor de la atribución al juez de las funciones que comentamos, pues cree que puede generar inseguridad. Todo depende de lo que se entienda por discrecionalidad, pues como opina A. DE LA VALLINA DÍAZ, "Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción" RDP, 1969, pág. 451, nota a pie 113, "...discrecionalidad no significa exclusión de jurisdicción". En todo caso la nota de que el juez resuelva con criterios discrecionales o de oportunidad se ha tomado como propia de la jurisdicción voluntaria por oposición a la contenciosa en que el juez falla conforme a normas legales (jurídicas), tal como entendió L. PRIETO CASTRO, "Reflexiones doctrinales y legales sobre la Jurisdicción voluntaria", RDP enero 1956, p. 109, matizando que en la contenciosa existe tras ella un derecho subjetivo sobre el cual falla el juez. Ahora bien, tenemos que precisar que en la constitución de la adopción son muchos los derechos subjetivos en contienda, a pesar de que en materia de derecho de familia y en concreto de derechos de los padres biológicos se tomen más como facultades para cumplimiento de los deberes respecto de los hijos, pero resulta que aún en el caso de adoptandos mayores de edad, los padres biológicos sólo deben ser oídos, por lo que su oposición únicamente cabrá canalizarse como ordena el 1827, primer inciso, es decir habrá de resolverse en el auto final, donde va a imperar la discrecionalidad puesto que la legalidad ya exime de la necesidad de este asentimiento paterno; pues bien ¿quiere ello decir que en este supuesto los padres no tienen ningún derecho subjetivo que merezca debatirse contradictoriamente?, nótese que el *superior* interés del menor ya no existe por ser el adoptando mayor de edad.

(24) Por entender que no es bueno que se judicialice la vida del menor, aunque como dice EGEA FERNANDEZ, "La doctrina..." op. cit. p. 264, no debe perderse de vista que resultan afectados otras personas y que deben ser salvaguardadas sus garantías jurídicas.

III. EFECTOS DE COSA JUZGADA EN EL AUTO CONSTITUTIVO DE LA ADOPCION

Uno de los puntos que debe resolverse en la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria, estriba en decidir si el auto final tiene o no efecto de cosa juzgada material; ya que en aplicación de las normas generales de esta jurisdicción, no debería de producirla y los interesados podrían *a posteriori*, o bien dejar sin efecto la adopción, o bien plantearla en forma contenciosa. Alternativamente, conviene ventilar si puede hablarse del auto constitutivo de la adopción al margen de su posible efecto de cosa juzgada material, dado que la adopción ya constituida es irrevocable e inmodificable, por imposición de la normativa sustantiva. Al menos a primera vista resulta que cualquier planteamiento que se haga tiene lectura reversible, sabiendo que el auto ni se puede atacar, ni se puede debatir la adopción *ex novo* con posterioridad. Se podría concluir que ello arranca de que el auto goza de efecto de cosa juzgada, pero si pensamos que dicho auto cierra un expediente de jurisdicción voluntaria, en que por esencia la cosa juzgada material no se produce⁽²⁵⁾, ¿cual es la solución a la hora de decidir si este procedimiento es adecuado para constituir la adopción cuando existe oposición de algún *tercero* interesado?

1. Cosa juzgada formal.

Es obvio que el auto constituyendo la adopción produce el efecto de cosa juzgada formal. Como efecto distinto de la cosa juzgada material⁽²⁶⁾, éste alude a la imposibilidad de revocar la resolución judicial, bien porque se agotaron ya los recursos previstos para el caso concreto o bien porque transcurrieron los plazos para interponerlos sin haberlo hecho (art. 408 LEC). Cosa distinta de la

(25) Dice V. CORTES DOMINGUEZ Y OTROS, (*Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid 1997), pág. 314: "...Tampoco producen los efectos de cosa juzgada las sentencias que se dictan en los expedientes de jurisdicción voluntaria, en ellas, no se declaran derechos, puesto que no hay propiamente ejercicio de la acción procesal."

(26) Resumidamente nos enseña J. CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, con Miguel Fenech, Librería Bosch, Barcelona 1962, pág. 677), que "...la cosa juzgada formal viene a ser impugnabilidad de toda resolución dentro del propio proceso en que se dictó, y cosa juzgada material la inmutabilidad en otro proceso posterior", recogiendo quees también la opinión de Guaps y Gómez Orbaneja. Similarmente se pronuncia DE LA OLIVA *Derecho procesal II*, op. cit. págs. 160 y ss.; para una crítica a DE LA OLIVA, y defendiendo la tesis de que la cosa juzgada se refiere solo a la conocida como la material, vid. J. MONTERO AROCA, "La cosa juzgada: conceptos generales", en Cuadernos de Derecho Judicial XXV, págs. 69 a 109. Efectos jurídicos del proceso (Costas e intereses. impugnaciones y jura de cuentas. Edita CGPJ, Madrid, 1995, pág. 80 y ss, reservando a la

firmeza es la invariabilidad⁽²⁷⁾ de la resolución por el propio órgano que la dictó, y sin que lo haga a través de recurso pertinente, pues no perdamos de vista que como dice el Tribunal Constitucional, la intangibilidad de las resoluciones judiciales forma parte de la tutela judicial efectiva⁽²⁸⁾. En el caso de la jurisdicción voluntaria, esto no puede confundirse con el principio de no preclusión, o variabilidad a que se refiere el art. 1818 LEC y que solo tiene aplicación antes del auto definitivo, el que pone fin al expediente. En todo caso, no cabe hablar de cosa juzgada formal sin que la resolución haya adquirido firmeza.

2. Cosa juzgada material.

Este efecto de las resoluciones judiciales es el caballo de batalla, aunque no sea el único, a la hora de tratar la diferencia entre los efectos de una resolución recaída en expediente de jurisdicción voluntaria y en un proceso contencioso. Centrando el tema que nos ocupa habrá que cuestionar si el hecho de que la adopción se constituya por acto de jurisdicción voluntaria, impide, no impide o es indiferente para poder atacar la adopción constituida en un declarativo posterior dejando sin efecto el auto judicial firme, o modificando su contenido⁽²⁹⁾; o si impide o no plantear de nuevo contenciosamente lo que fue objeto del expe-

cosa juzgada formal el termino *firmeza*, op. cit. p. 72. Vid. también el mismo autor en *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, (Con Ortells Ramos y Gómez Colomer) 1.º, 1993, págs. 433 y ss. La cosa juzgada formal es "...la irrevocabilidad de la sentencia en el proceso, al que le convienen más bien los nombres de firmeza y de preclusión" entienden los autores, entre ellos M. SERRA DOMINGUEZ, Comentario al art. 1252, En *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, p. 422.

(27) Sobre diferencias entre firmeza e invariabilidad, puede verse MONTERO AROCA, "La cosa juzgada:..." op. cit. p. 74. CARRERAS, *Estudios... op. cit. p. 673*. SERRA DOMINGUEZ, *Comentarios... op. cit. p. 634*.

(28) Vid. SSTC 106/95, 82/95, y STC 380/93.

(29) En el derecho comparado el problema se plantea también y aunque en unos ordenamientos la normativa es clara, en otros existen bastantes dudas y la jurisprudencia es fluctuante. Se admite en derecho francés, la *tierce opposition* (vid. H. BOSSE-PLATIERE ET B. TRILLAT, *Droit de la famille*, p. 531) en caso de dolo o fraude imputable a los adoptantes y se motiva por la necesidad de seguridad jurídica de las familias adoptivas; puede ejercitarse durante treinta años y están legitimados los padres biológicos y todos los interesados, descendientes o ascendientes. En Suiza, también el art. 269 a) y b) del Código Civil permiten impugnar la adopción en casos concretos y tiempo limitado. En Italia las posibilidades de una impugnación posterior son discutidas ampliamente por doctrina y jurisprudencia.

diente: la procedencia o no de la adopción, caso de no haberse constituido en dicho expediente, habiendo entrado en el fondo del mismo⁽³⁰⁾.

Una aclaración previa se impone: la problemática de la existencia o no de la cosa juzgada material en relación a la adopción no proviene tanto de la llamada función positiva, prejudicial o vinculante, como de la negativa o excluyente. La primera exige que en un segundo proceso se haya de partir, de oficio, de la constitución de la adopción como cuestión que no se puede contradecir (no se toma la resolución como verdad jurídica inmutable ya indebatible, sino como el efecto de una resolución judicial⁽³¹⁾). La función negativa o excluyente, impide un nuevo proceso o procedimiento sobre lo mismo, de darse la triple identidad exigida⁽³²⁾. Aún es posible acotar más el problema. Se plantea la duda de si dentro de la función excluyente, solo se toman en consideración los efectos procesales (excepción de cosa juzgada) o también los materiales (irrevocabilidad) que producen algunas resoluciones, sobre todo las llamadas constitutivas. Parece ser que la doctrina mayoritaria niega esta dualidad de aspectos, concluyendo que la cosa juzgada material solo genera un efecto procesal⁽³³⁾, porque la irrevocabilidad va ínsita en la cosa juzgada misma.

A efectos prácticos, el verdadero problema se centra en decidir si con posterioridad al auto cerrando el expediente de jurisdicción voluntaria, su contenido (sea negando la constitución de la adopción, sea constituyéndola), puede debatirse *ex novo* contenciosamente. La respuesta parece fácil: no es posible,

(30) Acerca de la cosa juzgada material en sentencias sobre el fondo o resoluciones que no entraron en él, puede verse entre otros, MONTERO AROCA, "La cosa juzgada ..." op. cit. págs. 87-92. Al no haberse entrado formalmente en el 'fondo' es por lo que el efecto material no puede producirse; vid. DE LA OLIVA, *Derecho procesal...* op. cit. págs. 163 y ss.

(31) MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional...* op. cit. p. 440, entre los procesalistas modernos rechaza la teoría que basa la cosa juzgada material en la presunción de verdad por considerar que la sentencia vincula por contener la voluntad del Estado y no porque se tome como verdad. Con igual entender se puede citar a A. M.³ LORCA NAVARRÉTE, *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, 1991, pág. 205.

(32) Entendía CARRERAS, *Estudios ...* op. cit. p. 682, que es imposible que entre un expediente de jurisdicción voluntaria y un proceso posterior se dé identidad de acción, porque forzosamente han de ser distintas las causas de pedir..., aunque los motivos subjetivos fuesen los mismos concluyendo en p. 683: "No existe pues función negativa de cosa juzgada".

(33) Tajantemente lo expresa CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal...* op. cit. págs. 212-213.

porque el legislador, precisamente en el art. 1827 LEC⁽³⁴⁾ veda tal posibilidad, excluyendo tanto la transformación del expediente en contencioso⁽³⁵⁾, como la posibilidad de nuevo estudio posterior reservando a las partes acudir al declarativo correspondiente, de haberse sobreseído el expediente merced a esa oposición. ¿Entonces, a pesar de que se ha constituido la adopción a través de los trámites de la jurisdicción voluntaria tiene efecto de cosa juzgada material?

Para dar una respuesta, hemos de ir sentando unas bases que no nacen sino del estudio de diversos aspectos sobre la cosa juzgada material y su relación con la jurisdicción voluntaria y más concretamente con una resolución de natura-

(34) Entiende A. CARRASCO PEREDA, Comentario al artículo 180, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1993 dirigidos por Bercovitz, pág. 216, que este precepto precluye toda posibilidad de que pueda replantearse el tema de modo contencioso después del expediente.

(35) Esta exclusión es absoluta, para cualquier interesado y cualquiera que sea la oposición. No estamos pues de acuerdo con GONZALEZ POVEDA "Relaciones ..." op. cit. p. 40-41, cuando entiende que en el caso comprendido en el art. 1827 LEC, si los oponentes son los padres del adoptante que aleguen que es necesario su asentimiento y no solo la audiencia que se les pidió, el procedimiento se convierta directamente en contencioso tramitándose a partir de ahí por los tramites del juicio verbal. El art. 1827 excepciona el 1817, y como resultado de la excepción el expediente de adopción no se hará, no se transformará en contencioso. Dicho precepto es claro al establecer la no transformación, al disponer la interrupción del mismo, y que se debata de forma contenciosa solo el extremo referido al presupuesto procesal que es el asentimiento, no que se debata precisamente el objeto del expediente (que es lo ordenado por el 1817), que no es otro que la procedencia o no de la adopción. Si como entiende GONZALEZ POVEDA el expediente se convierte en contencioso, tendrá que finalizar por sentencia, cosa que no ocurre, aunque algún autor lo ha defendido. No acaba por sentencia porque no le precede un contencioso y es ahí donde precisamente existe uno de los motivos de inseguridad que nos inducen a desconfiar de la adecuación de la jurisdicción voluntaria al tema de la adopción cuando existe oposición de interesado. Aunque el tema es mucho mas complejo, baste ahora decir que este juicio verbal es un incidente dentro del expediente, e insistir que lo contencioso es el procedimiento incidental, no el principal. Además la sentencia recaída, para ser congruente, sólo puede versar sobre la necesidad o no de asentimiento, y de admitirse la oposición, impide entrar en el fondo del objeto del expediente, porque precisamente tal sentencia versa sobre una cuestión de legalidad, vedando, de ser estimatoria, pasar al control de oportunidad. Abundando en el comentario de GONZALEZ POVEDA, en la obra citada y página 43, entiende que en ese juicio verbal que él concibe como el expediente transformado en contencioso, el juez "...rechazará la oposición si no se justifica el interés del opositor o su petición no tiene conexión alguna con el objeto del expediente, admitiéndola en otro caso. Si la admite convocará...a juicio verbal..." Esto tal y como se dice no puede defenderse en el caso comentado. Que no hay transformación en contencioso se ve también en la SAP De Asturias de 24-1-94, (S. 5ª, AC 1994/4), que rechazó la tesis de la apelante de que se resolviera en la sentencia recaída en el juicio verbal la cuestión de fondo, o en el AAP de León, 8-1-1993, (AC 1993/37).

leza constitutiva⁽³⁶⁾. Hay que partir de que en el expediente no ha habido *debate*; mal se puede decir que la cosa —la procedencia de la adopción— ha sido *iudicata*, a no ser que por debate, no tengamos que entender precisamente enfrentamiento entre partes conocidas y enfrentadas. He aquí el talón de Aquiles, pues se exige, y exigen los procesalistas que haya existido debate, contradicción y fallo judicial eligiendo entre las opciones enfrentadas, para que se pueda hablar de cosa juzgada material, entre otras cosas porque solo así se sabrá si se dan las tres identidades exigidas por el defectuoso art. 1252 CC.

¿Será ocioso debatir acerca de si el auto resolviendo el expediente de adopción produce o no cosa juzgada material, porque exista o no, el art. 180.1 CC impide atacarlo, por disponer que la adopción es irrevocable⁽³⁷⁾? ¿Habrá que prescindir de normas procesales, y atenernos solo a normativa material-sustan-

(36) Se suele decir que las *sentencias* constitutivas no necesitan de la cosa juzgada material, porque, en el caso de la adopción ésta no podría ser desconocida en el futuro (como ejemplo vid. MONTERO AROCA, “La cosa juzgada:...” op. cit. p. 87, y *Derecho Jurisdiccional...* op. cit. p. 444, donde expone que las sentencias constitutivas siguen necesitando del aspecto negativo o excluyente para producir cosa juzgada material.

(37) Tal parece ser la postura de CARRASCO PEREDA, *Comentario...* op. cit. p. 217, partiendo éste de que el auto produce efecto de cosa juzgada material, op. cit. p. 216; o el parecer de EGEA FERNANDEZ “La doctrina ...” op. cit. p. 269, pues explica que la resolución judicial que declara el desamparo recaída en jurisdicción voluntaria queda al margen de la cosa juzgada porque el estado —de desamparo— en que se basa no tiene carácter de irrevocable. Así mismo VARGAS CABRERA, *La protección...* págs. 282-283, excluye que en un nuevo proceso se pueda abrir *ex novo* el procedimiento adopticional, sino solo revisar el acto judicial constituyente por alguna de las causas de los arts. 238 y ss. LOPJ, pues opina, op. cit. p. 251, entre otras, que existe cosa juzgada material, aunque es mejor hablar de irrevocabilidad, inmovilidad, inmunidad del auto constitutivo de la adopción dimanante del art. 180.1 CC. Por su parte entiende M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, p. 486, que no es posible un proceso *ex novo*, por el efecto de cosa juzgada, manteniendo que en proceso posterior solo cabe enjuiciar la validez de la adopción ya constituida.

Vid. CARRERAS, *Estudios...* op. cit. págs. 677 y ss. acerca de los efectos estrictamente materiales y procesales de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, y en concreto de las constitutivas; y así mismo vid. también GIMENO GAMARRA “Ensayo...” op. cit. págs. 68 y ss., y en concreto la distinción entre efectos directos y reflejos. En el mismo sentido que Gimeno se puede hablar de efecto material del auto constituyendo la adopción, entendiendo que este efecto es la constitución de una adopción irrevocable, sin que ambos términos puedan separarse. Dice de la adopción J. L. PASCUAL ESTEBAN, “La tutela y la guarda de menores por las Entidades Publicas. El acogimiento. La adopción.”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1988, núm. 140, pág. 275: “La consecuencia de ser creada por el Juez es la imposibilidad de ser revocada por las partes”.

tiva⁽³⁸⁾? Parece que la única respuesta posible es que materialmente o substantivamente, el legislador a través de los arts. 176.1 y 180.1 del CC impide entrar en ese contencioso, como si exceptionara la consecuencia normal de la no producción de cosa juzgada material de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. La inadmisión de proceso ulterior, se basa en razones materiales, no en razones de estricta técnica procesal⁽³⁹⁾. Lo oponible no es una *excepción procesal*, sino una razón de derecho material, concretamente la que se contiene en el art. 180 CC., que veda cualquier planteamiento posterior.

Resulta difícil hablar de estudios doctrinales⁽⁴⁰⁾, con algunas excepciones⁽⁴¹⁾, que conjuguen el tema de la cosa juzgada material y el de la impugnabilidad por irrevocabilidad de la adopción. Los procesalistas suelen limitarse a sentar que la jurisdicción voluntaria no produce efectos de cosa juzgada material sin centrarse en la adopción, acaso lo tratan de pasada, y por lo general para decir que no hay cosa juzgada material. Los civilistas⁽⁴²⁾, por lo general, se fijan más en la constitución a través de acto judicial (hablan acto de autoridad, de *imperium*), y se remiten a la imposibilidad de hacer valer otras impugnacio-

(38) La interrelación entre ambas es inevitable, para T. MUÑOZ ROJAS, “Sobre la jurisdicción voluntaria”, A.C. 1990, núm. 39, pág. 583.

(39) Viene a colación la idea de que “...el concepto de la cosa juzgada es procesal al descansar en la obtenida inmutabilidad de la sentencia, pero sus efectos, al deducirse del objeto del proceso, se reflejan asimismo en el derecho material”, en el decir de SERRA DOMINGUEZ, “Naturaleza...” op. cit. p. 422.

(40) No así en la doctrina italiana, donde por otra parte se patentiza que el tema no es pacífico. Pueden verse, G. MANERA, “Sulla proponibilità dell’ azione ordinaria di nullità contro la dichiarazione di adottabilità de il decreto di adozione non impugnati ritualmente”, en *Giurisprudenza di merito* y 1987, págs. 11 y ss., así como los autores que él cita. M. DOGLIOTTI, “Il problema del consenso nell’ adozione”, *Giust. civ.* 1984, págs. 862 a 867; S. BOCCACCIO, “Ancora sulla natura giuridica dell’ adozione ordinaria”, *Giustizia civile* 1986, 3212 y ss.

(41) Es muy ilustrativo el repetido trabajo del civilista CARRASCO PEREDA, *Comentarios... op. cit.*, al estudiar el art. 180 CC. También toca el tema el fiscal VARGAS CABRERA, *La protección...* op. cit. págs. 278 y ss. y 345 y ss. Ya quedó recogido que ambos atribuyen al auto constituyente efecto de cosa juzgada material.

(42) En aras a la brevedad, nos remitimos a la relación que de los mismos efectúa VARGAS CABRERA, *La protección...* p. 350, nota a pie 57. El fiscal O. E. GONZALEZ SOLER, “Jueces y fiscales en los procedimientos de protección de menores” *Revista Jurídica de Castilla— La Mancha*, núm. 23, 1998, p. 262, admite acudir a la vía ordinaria en “...la que se podrá alegar la excepción de cosa juzgada respecto de todos aquellos hechos que hayan sido objeto de enjuiciamiento”, lo que parece aplicar también a la adopción pues dice que la excepción es el juicio verbal a que se refiere el art. 1827 cuando los padres se oponen a la simple audiencia.

nes que no sean a través de los arts. 238 y ss. LOPJ, (que no es poco por la trascendencia de tal opinión⁽⁴³⁾, aunque existen verdaderas divergencias sobre la admisión de un proceso para declarar la nulidad de la adopción). Por su parte, la jurisprudencia del TS posterior a la ley 87⁽⁴⁴⁾, no ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente aplicando esta ley, y tampoco aprovechó otras oportunidades para hacerlo siquiera como *obiter dicta*.

Por consiguiente, deberemos distinguir entre efecto de cosa juzgada material (propio de resoluciones judiciales) y otra categoría jurídica como es la irrevocabilidad⁽⁴⁵⁾ que responde a criterios legislativos de carácter material y que trascienden a técnicas puramente procesales en la que se comprende la cosa juzgada (aunque no pueden desligarse de éstas técnicas pues no en vano el auto

(43) Es decir, los arts. 238 y ss. son aplicables, pero no solo como y por las razones de algunos autores: PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, op. cit. p. 486, opina que no existiendo cosa juzgada en la adopción es posible el posterior declarativo para debatir sobre la validez de la adopción, pero se basaría la impugnación en las causas de estos preceptos procesales, por entender que la adopción es un acto procesal; le sigue VARGAS CABRERA, *La protección...*, op. cit. p. 283, para revisar sólo el acto judicial constituyente, dice. Por su parte SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen...*, op. cit. p. 116, parece admitir el declarativo para la nulidad por motivos procesales o materiales, aunque bien pudiera referirse a la vía de recursos dada su doctrina acerca del auto como acto judicial y de autoridad. Sin embargo hay que tener en cuenta que como acto procesal le son de aplicación, al auto constituyente, las causas de nulidad de los actos procesales, pero en buena técnica y lógica éstas se hacen valer por cauces procesales, como también se dispone en los preceptos citados. Esta inconsecuencia la detecta también CARRASCO PEREDA, *Comentarios...*, op. cit. págs. 234-235. Por otro lado, tal impugnación, como de acto procesal, solo afecta a la cosa juzgada formal, procediendo el recurso de apelación antes de la firmeza y el nuevo procedimiento (art. 240.3 LOPJ) para la nulidad después de la misma. De todas formas conviene centrarnos en el dato de que las causas materiales de nulidad (falta de un consentimiento, simulación, error...) se *procesalizan* desde el momento que solo pueden hacerse valer a través de medios procesales.

(44) Antes de la reforma, y aún después, pero aplicando derecho anterior, se ha admitido, sin polémica, declarativos autónomos para solicitar la nulidad de la adopción, si bien es significativo que en las demandas se instase la nulidad y la extinción, o alternativa o subsidiariamente una u otra. La verdadera razón de que estas acciones y correlativos procedimientos fuesen jurídicamente posibles se centraba en que la adopción era considerada como un negocio del derecho de familia y no un acto judicial; la misión de la intervención judicial, aunque debatida, no tenía la fuerza constitutiva actual. En las ocasiones en que el TS se pronunció conociendo ya la normativa del 1987 (SSTS 2-3-89, 19-2-88, 8-3-88, 12-11-88, 18-6-98) sigue manteniendo la postura o las consecuencias al menos propias de que la adopción sea tal negocio y para nada se menciona el tema de la cosa juzgada.

(45) Proponía FAZZALARI, sustituir el término ‘cosa juzgada’ por el de irrevocabilidad, como agotamiento de los poderes procesales de la parte y del juez (citado por SERRA DOMINGUEZ, “Naturaleza...” op. cit. p. 642).

por el que se constituye la adopción es un acto procesal). La adopción como relación jurídica que causa *status familiae* y constituye un estado civil, es irrevocable tanto sustantiva (no se admiten arrepentimientos ante el fracaso de la propia adopción) como formalmente ⁽⁴⁶⁾.

Esta irrevocabilidad sustantiva de la institución adopcional distinta de la extinción, es, en su presupuesto y finalidad, pariente (como rama común tienen la seguridad jurídica, y también razones de política legislativa y de necesidad práctica) al efecto de cosa juzgada material, pero cosa distinta, a pesar de que se vienen confundiendo, porque de hecho la cosa juzgada conlleva una irrevocabilidad (ahora netamente procesal) de la resolución judicial. La cosa juzgada es el carácter y función procesal de las resoluciones jurisdiccionales; la irrevocabilidad a que alude el art. 180.1 CC, proviene de normas materiales que protegen el vínculo adoptivo; es decir, la cosa juzgada protege a la resolución en sí, mientras que la irrevocabilidad protege el efecto y el producto de esa resolución.

La irrevocabilidad es pues, el único fundamento a través del cual se puede justificar el tratamiento legal de la adopción, pues parecería curioso que las sentencias constitutivas ⁽⁴⁷⁾, recaídas en proceso sobre estado civil tengan efectos frente a terceros (art. 1.252 CC) y la adopción no los tuviera si se aplica con carácter general la falta de efecto de cosa juzgada material de los expedientes de jurisdicción voluntaria; parecería así mismo curioso que la filiación determinada por sentencia fuese inatacable (art. 134 II) y que el auto que crea también estado civil y determina también una filiación, no lo fuese. La identidad de razón sin embargo entre aquellas y éste, no puede ser la misma puesto que la adopción no se constituye dentro de un proceso contradictorio. Por eso se puede prescindir de acudir al efecto de cosa juzgada del auto adopcional para justificar la improcedencia de ulterior proceso; se puede decir, pues, que el auto vale como expresión de una voluntad del Estado, y no por sus premisas

⁽⁴⁶⁾ Estamos de acuerdo pues con CARRASCO PEREDA, *Comentarios...* op. cit., p. 213.

⁽⁴⁷⁾ Y no es tan descabellada la comparación que hace V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del Derecho Procesal. (Hacia una teoría y Ley procesal generales)* Librería Bosch, 1990, pág. 529, comparando el carácter necesario de ciertas sentencias y de actos de jurisdicción voluntaria para conseguir un estado civil, entre las que cita la adopción y comparación que hace así mismo respecto del obligado reflejo en el Registro Civil, así como de la naturaleza constitutiva de sentencia y autos en jurisdicción voluntaria en esta materia. El carácter constitutivo de las resoluciones de jurisdicción voluntaria es puesto en evidencia también por GUAPS, *Derecho procesal civil*, op. cit. p. 952. Vid. también SERRA DOMINGUEZ, "Naturaleza..." op. cit. págs. 621 y 634 y ss.

lógicas⁽⁴⁸⁾. Ante la demanda instando la nulidad de la adopción, no cabe alegar como excepción procesal la existencia de cosa juzgada. La verdadera fundamentación jurídica para denegar la nulidad es una razón de carácter material: la irrevocabilidad a que alude el artículo 180.1 del C.C.

En conclusión, el auto constituyente de la adopción no puede ser impugnado posteriormente, no tanto porque no se den los presupuestos de la cosa juzgada (proceso con contradicción, igualdad de partes, fallo), sino porque el legislador quiere que no sea revisado, consiguiéndolo con normas sustantivas especialísimas, que desplazan a la normativa procesal. Precisamente por ello, y ante consecuencias tan drásticas, previamente a constituir una adopción se debe garantizar en el expediente de jurisdicción voluntaria el respeto a los derechos sustantivos y procesales de todos los implicados, porque aunque en la adopción prevalece el interés del menor sobre cualquier interés de opositor⁽⁴⁹⁾, las garantías constitucionales del proceso como realización de tutela judicial efectiva se sitúan en plano diferente y superior al de los derechos sustantivos de cada interesado.

IV. CRITICAS A LA TRAMITACION DE LA ADOPCION A TRAVES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

1. Exigencia de distinto tratamiento entre la adopción y otros institutos de protección de menores.

De la comparación con muchos de los supuestos que se solucionan en jurisdicción voluntaria afectantes a cuestiones patrimoniales, contractuales, —y que en caso de conflicto o controversia, se resuelven judicialmente a través de un contencioso⁽⁵⁰⁾—, es evidente que la adopción tiene unas connotaciones y efectos que piden diferente trato, puesto que no solo crea una relación jurídica familiar, sino que extingue otra (cosa que se suele ignorar) o la modifica en algún sentido; de forma que al adoptante y al adoptado como directamente implicados

(48) Parafraseando a CHIOVENDA, citado invariablemente por la doctrina procesalista; en este caso la cita es VERGE GRAU, J. VERGE GRAU, *La nulidad de actuaciones*. Edic. revisada por SERRA DOMINGUEZ. Librería Bosch, 1987, pág. 31.

(49) El hecho de que el art. 176 CC disponga que se tendrá *siempre* en cuenta el interés del adoptando y las justificaciones de la reforma del 87, lleva a muchos a prescindir incluso de la normativa más imperativa, como puede ser la falta de asentimiento de los padres que deben prestarlo. Incluso se llega a decir que ese interés hace que desaparezca el régimen de nulidades. (Vid. LLEDO YAGÜE, “Sobre nulidad de adopción plena, (Sentencia de 18 de marzo de 1987)” ADC año 1988, pág. 353).

(50) MENDEZ PEREZ, “La tutela...” op. cit. p. 485.

se suman sus respectivas familias, o si se prefiere, los familiares de cada uno, cuyos derechos subjetivos se ven afectados; así que parece ser que, bajo criterios de interés público y del interés del menor, se reconocen a los implicados en la adopción menos derechos que a los implicados en una relación comercial, por ejemplo, ya que no disponen de la opción de una solución genuinamente contenciosa como ordinariamente sí se dispone en relaciones de tipo patrimonial.

Sin necesidad de comparaciones extremas como las anteriores, (entre asuntos patrimoniales y del derecho de familia), dentro de la protección de menores y las medidas que deben adoptarse a través de jurisdicción voluntaria, se hace imprescindible, como ya se apuntó, diferenciar de un lado, casos como los dimanantes del art. 158 CC, el desamparo, el acogimiento, en general la impugnación de resoluciones administrativas⁽⁵¹⁾, en que la sencillez y rapidez de la jurisdicción voluntaria se compagina con la urgencia que requiere el cuidado del menor sometidos a las primeras de las medidas, y de otro lado, los casos de adopción, que no pueden compararse a aquellos cualitativamente⁽⁵²⁾. Y ello por razones lógicas: si en los primeros, el empleo de expediente de jurisdicción voluntaria está plenamente justificado por la urgencia, la necesidad inaplazable de protección del menor, tal urgencia se diluye (o está contraindicada) en el caso de adopción, pues por lo general se encuentra ya bajo alguna medida de protección, preferiblemente integrado en un núcleo familiar idóneo; la urgencia entonces, y nadie niega que el tiempo corre en perjuicio de los menores necesitados de adopción, puede imponer precisamente un procedimiento sensato con respeto de los derechos de todos los interesados, evitando posibles nulidades de actuaciones que retrasarían más la resolución final. También razones de técnica procesal se imponen: adoptada cualquier medida protectora, —excepto cuando lo es la adopción—, es claro que se puede acudir al posterior juicio declarativo, no solo por aplicación de normas generales, sino también porque expresamente la disposición adicional 1.^a de la LO 1/96, así lo

(51) Casos en los que, después de la L.O 1/96, se han esclarecido la mayoría de los puntos, respecto de los cuales, la STC 298/93, denunciaba (f.j. 4) la improvisación con que se efectuó la Ley 21/87. Vid, MENDEZ PEREZ, “La tutela...” op. cit. p. 481 y las remisiones que hace a su libro anterior *El acogimiento de menores...*, y en concreto p. 490, en que pide un proceso declarativo para resolver las controversias surgidas a tenor del art. 172 CC. En esta línea, se suma a otras críticas denunciando el error de la STC 298/93 al no conceder el amparo a la demandante, posibilitándole el juicio declarativo oportuno.

(52) Así lo opina también HERRERO PEREZAGUA, comentando la STC 114/97, en Tribunales de Justicia, núm. 6/97, pág. 73.

dispone; por algo será ⁽⁵³⁾. En el caso de adopción la cuestión es más complicada, ni hay una disposición expresa que permita acudir al declarativo correspondiente, ni es pacífico, que aplicando las normas generales de la jurisdicción voluntaria pueda hacerse; todo parece indicar lo contrario, como quedó dicho: existe la voluntad estatal en dar estabilidad al vínculo prohibiendo la revocabilidad por voluntad privada después de constituida, limitando la posibilidad de extinción e incluso condicionando ésta al no perjuicio del *menor*; y sobre todo impidiendo la impugnabilidad, la revocabilidad material por el art. 180 CC.

Todo ello indica que supone un contrasentido reservar expresamente la vía judicial ordinaria (disposición adicional primera de la Ley del Menor) para casos en que conceptualmente pueden por sí ser contenciosos, e impedir toda litigiosidad ante la oposición de los interesados en el caso de adopción, porque la esencia misma de la institución exige estabilidad y seguridad del vínculo y relaciones afectadas; por eso lo que se critica ahora es el *iter* procedimental hasta llegar a constituirlo.

El contrasentido se hace más patente si se piensa que nuestro legislador no contempla ni la declaración de desamparo ni la constitución del acogimiento, aún preadoptivo, como presupuesto de la adopción. Si así fuera, quizás tendrían más fundamento la no conversión en contencioso del expediente adoptivo, al menos en lo que a los padres biológicos se refiere, porque sus garantías se habrían adelantado a momentos anteriores como los comentados, cosa que ocurre en Italia o Francia, por citar ejemplos ⁽⁵⁴⁾.

2. La falta de garantías procesales.

Frente a la justificación de su uso por razones de urgencia, rapidez ⁽⁵⁵⁾, flexibilidad, discrecionalidad judicial, se ha venido criticando el uso de esta

⁽⁵³⁾ Sin duda porque existe una contradicción explícita, como entienden los ya citados GONZALEZ POVEDA, "Relaciones...", o EGEA FERNANDEZ, "La doctrina...".

⁽⁵⁴⁾ Buen conocedor del Derecho italiano, J. I. IGLESIAS REDONDO, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Cedes, 1996, págs. 303 y ss., traslada en ciertos puntos sus principios al caso español y justifica y exige que la oposición a la resolución administrativa declarando el desamparo sea contenciosa, y de paso que prive en sentencia de la patria potestad de los padres.

⁽⁵⁵⁾ Algunos autores, incluso procedentes de la magistratura, hasta ven un retraso injustificado el hecho de que haya recurso o el propio juicio verbal para declarar incursos a los padres biológicos. Vid. E. HIJAS FERNANDEZ, "Las manifestaciones de la voluntad en la constitución de la adopción" RGD, abril, 1993, págs. 2754-2755; L. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, "El nuevo régimen procesal de la adopción" RLJ 1987-2, p. 789.

‘jurisdicción’ por entenderla “fácil, rutinaria y burocratizada”⁽⁵⁶⁾, de “turbias y confusas aguas”⁽⁵⁷⁾, y por llevarse a la misma cuestiones que son por naturaleza contenciosa⁽⁵⁸⁾. En general procesalistas y civilistas coinciden en esto, achacándolo a razones políticas. Pero el legislador, por contra, ha dicho o demostrado con sus normas que el interés del menor, entre otros intereses sociales o públicos, aconsejan tal postura. Se puede decir también que el auto constitutivo expresa la voluntad del Estado encargado de protección de menores, art. 39 CE, que es un acto de autoridad⁽⁵⁹⁾ que transforma por sí la realidad jurídica.

La inexistencia de plazos y el hecho de que el expediente se haya construido a veces según marquen las circunstancias, da margen a apresuramientos o a dilaciones según convengan, a veces fraudulentamente. El tema de la prueba también plantea controversia, puesto que la doctrina entiende que las justificaciones y documentos a que alude el art. 1816 LEC no constituyen verdadera prueba porque el resultado de la misma, el que debiera llevar la convicción al juez, no pasa de ser prueba semiplena y que no se ajusta a las exigencias de la

(56) J. MENDEZ PEREZ, “La tutela de los menores por las entidades públicas y su tratamiento procesal (a propósito de una Sentencia del TC)”, JC, 2/94, pág. 483, manifiesta que ni la jurisdicción voluntaria como procedimiento ni el auto como resolución se adecuan para decidir cuestiones con intereses o derechos encontrados.

(57) A. ALVAREZ ALARCON “Las diligencias preliminares de la LEC: conceptos generales”, en Cuadernos de Derecho Judicial, *Arbitraje mediación y conciliación*, CGPJ, 1995, p. 99.

(58) Con los peligros denunciados por varios autores de llegar a extremos fascistas que proponían eliminar la jurisdicción contenciosa para que el Estado haga su santa voluntad. Citan por lo general los autores (ALMAGRO NOSETE *Derecho Procesal, op. cit. p. 503*; o V. FAIREN GUILLEN, “Sobre el paso de la Jurisdicción voluntaria a la Contenciosa. El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual” ADC, julio-septiembre 1991, pág. 944), a BAUMBACH, entre aquellos autores criticados. El peligro lo sigue viendo FAIREN, lugar citado, en general por el hecho que el poder político, con supervaloración del legislador, se extienda al campo administrativo, con jueces-funcionarios.

(59) Es cierto que la voluntad de los intervinientes no tiene el valor que en los negocios jurídicos en que intervenga un órgano estatal; cierto es que “...su intervención sólo tiene como finalidad la de aportar elementos valorativos precisos para la decisión judicial...” dice el auto AAP de Barcelona de 12-3-96, RJC 1996 III. Sin embargo, la voluntad de los intervinientes (adoptante y su cónyuge por regla general y del adoptando y sus padres biológicos) puede vetar la adopción por mucho que el juez quisiera constituir la, así que se puede decir también que la voluntad del Estado, por sí sola tampoco es autosuficiente.

contradicción y rigor que debe observarse en los asuntos contenciosos⁽⁶⁰⁾. Por otro lado, el tema de la “conveniente reserva”, el secreto y a veces secretismo, atenta o pone en tela de juicio el derecho a la tutela judicial efectiva de los opositores, sobre todo cuando de padres biológicos se trata. También la no exigencia de asistencia letrada disminuye el derecho de defensa, sobre todo cuando los padres son acusados de incumplir sus obligaciones. Comparativamente se les concede menos garantías que a cualquier otro acusado de infracción penal o implicado en causa civil a partir de determinada cuantía.

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha dicho que los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en general o dimanantes de la Ley 21/87, ofrecen garantías suficientes, es preciso reconocer que las garantías de que habla, las refiere casi siempre al hecho de estar permitido un declarativo posterior⁽⁶¹⁾.

Muchos autores han criticado que, en materia de protección de menores, los interesados, sobre todo cuando son los padres del menor, gozan de menos garantías⁽⁶²⁾.

La circunstancia de que en caso de oposición paterna al ser citados para solamente ser oídos, se siga un proceso declarativo (que después de la LO 1/96 puede ser el juicio verbal u otro, art. 177 CC) no implica que haya existido un contencioso respecto del objeto específico del expediente de constitución de la adopción; y ello porque este proceso que imponen y permiten los arts. 177 CC y 1827 LEC, solo tiene un cometido reducido: destruir o afirmar la necesidad

⁽⁶⁰⁾ Así lo entiende ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal*, op. cit. p. 495; parecidamente y para mejor estudio vid. GONZALEZ POVEDA *La Jurisdicción voluntaria* (1989), p. 127.

⁽⁶¹⁾ Expresamente la STS 13/81, que ve el posterior declarativo como un “remedio”. También la 298/93, alude a que el alcance de la cosa juzgada está limitado.

⁽⁶²⁾ J. EGEA I FERNANDEZ, Comentario a los arts. 1825 a 1828, en *Comentarios a las reformas del Código Civil, 1994*, coordinadas por Bercovitz, pág. 323. La falta de garantías no es denunciada solo en nuestra patria sino en otros países donde la adopción se tramita también por jurisdicción voluntaria; a modo de ilustración cabe citar a PAOLO DUSI en la introducción a *Le procedure giudiziarie civile a tutela dell'interesse del minore*, a cura di Paolo Dusi, Venecia, 6-7-8 diciembre 1897, Publicado por *I diritto di famiglia e delle persone*, 1990, p. 24, que critica el empleo de la jurisdicción voluntaria porque no respeta las garantías constitucionales de los padres. En esta obra colectiva se incide sobre el tema por varios de los autores, por lo general cuestionando la adecuación de la jurisdicción voluntaria al tema adopcional; cabe resaltar la aportación de GUISEPPE MANCUSI BARONE.

del asentimiento paterno⁽⁶³⁾; es decir, el debate versa sobre un presupuesto procesal, no sobre el fondo: la conveniencia de la adopción, —o al menos no es un examen directo sobre ésta—⁽⁶⁴⁾, o la no conveniencia de constituirla por otras causas, como puede ser que los adoptantes no son idóneos, ‘a juicio de los padres’ quienes tienen todo el derecho de opinarlo y demostrarlo.

3. Conclusiones.

En el expediente de constitución de la adopción pueden presentarse cuestiones verdaderamente contenciosas, en cuanto que se oponen frontalmente a lo

(63) Ni siquiera se llega a privar de la patria potestad, de forma que, si la adopción no se llega a constituir, esa sentencia no produce más efectos fuera del expediente en que se dictó, no estando los padres privados en sentido del 170 CC, que exige sentencia, precedida de un menor cuantía en toda regla y en la que el objeto es privar de la patria potestad, no destruir un presupuesto procesal para que el juez pueda entrar a valorar la conveniencia de la adopción y en su caso constituirla. La verdadera privación de patria potestad, en caso de una sentencia declarándoles incurso, procede del efecto automático de la constitución de la adopción.

En contra de esta opinión, entiende VARGAS CABRERA, *La protección...* op. cit. p. 353 y “El desamparo ..” op. cit. p. 692, que el juicio verbal a que alude el art. 1827 LEC tiene por objeto privar de la patria potestad y por eso ante la oposición de los padres (también del tutor) el expediente se convierte en contencioso, siguiéndose por los trámites del juicio verbal y terminando por sentencia. Lo justifica porque en estos casos existe controversia sobre privación de patria potestad o remoción de tutela. Parece seguir a EGEA FERNANDEZ, *Comentarios...* op. cit. p. 328. La gran parte de la jurisprudencia y doctrina lo catalogan de incidente, a tramitar en pieza separada, como lo hacen PEREZ MARTIN, *Derecho de Familia, Adopción,...*, op. cit. p. 620; o MUÑOZ ROJAS TOMAS, “Perspectiva judicial del acogimiento y de la adopción”, A.c. 1989-I, pág. 589, considera como planteamiento incidental que no convierte en contencioso el expediente, porque, dice, el art. 1827, a diferencia del 1817, “... no se refiere a la posibilidad de introducir o insertar el elemento o factor contradictorio que lo hace contencioso”. También como incidental, pero no como verdadera oposición lo concibe HIJAS FERNANDEZ, “Las manifestaciones...” ob. cit. p. 2754-2725, cosa que critica porque lo ideal para él hubiese sido, que esta cuestión y cualquier otra oposición se resolviese en el auto, sin paralizar el expediente, porque entiende que las garantías en este caso de los progenitores se salvaguardan con la apelación del auto. En cierto sentido es la opinión también de GONZALEZ SOLER, “Jueces y fiscales...” p. 261. Sin embargo, una cosa es el derecho a la segunda instancia y otra a que determinados derechos, subjetivos o no, merezcan ser debatidos contenciosamente y con toda garantía constitucional, puesto que la segunda instancia es otra garantía más.

(64) Es obvio que si los padres resultan declarados incurso la adopción será más conveniente al adoptando, resultando difícil prescindir del supuesto interés del menor en este procedimiento específico y el que se va a valorar en el auto final, como interés del adoptando.

solicitado por el promovente. No cabe decir que la intervención de los distintos interesados se orienta en favor de un interés común y superior, cual es el del adoptando, sino que el opositor pide claramente que no se constituya la adopción; (lo que no es admisible es que pida que se constituya, pero de determinada forma o con determinados efectos, porque esto, que es indisponible, no puede hacerlo ni siquiera el solicitante o promotor).

La solución idónea para garantizar los derechos procesales de los opositores se encuentra en la propia esencia de la jurisdicción voluntaria, en concreto en el art 1.817 LEC; por ende el que debe ser modificado es el art. 1827 LEC.; de forma que en los casos de adopción en que no hay controversia implícita o explícita, se pueden aprovechar las ventajas de aquélla. En aquellos casos en que un interesado-legitimado presenta una razonada oposición el expediente debe convertirse en contencioso⁽⁶⁵⁾ y terminar por sentencia, con todas sus consecuencias lógico-legales; incluida la cosa juzgada material, y por tanto la seguridad jurídica y también el crédito de la Justicia. Esta sería una solución respetuosa con las garantías y derechos de los interesados, que podría incardinarse instaurando un procedimiento ad hoc, rápido y sencillo, pero contradictorio.

Todo ello por lo siguiente: la normativa vigente no prohíbe la oposición a terceros. Mas, al impedir que el expediente se sobresea o se convierta en contencioso, se llegan a resolver en el auto final oposiciones de personas cuya posición jurídica excede de la calificación de terceros; tal es el caso de los familiares del adoptando que son parte en la relación que se extingue con la adopción.

Dos argumentos que parecen justificar la vigente legislación deben ser rechazados; el primero, que de tramitar la adopción contenciosamente haría perder al acto su verdadera finalidad; el segundo, que el expediente de adopción es de naturaleza coercitiva.

La aludida finalidad del expediente es, por un lado, servir de vehículo para constituir la adopción, o denegarla; por otro, su finalidad es valorar el interés del menor o adoptando para acoger o rechazar la medida protectora que es la adopción. El iter seguido para llegar a la valoración de este interés, no puede desconocer garantías procesales de los implicados, como tampoco puede violar otras normas imperativas o prohibitivas; mermar tales garantías (no permitiendo debatir contenciosamente sus derechos sustantivos) en aras de un supe-

(65) PRIETO CASTRO, “Reflexiones...”, op. cit. p. 109, señala: “En la verdadera y única jurisdicción (esto es, en la contenciosa) hay contienda..., partes que invocan y tienden a la efectividad de derechos subjetivos violados, un órgano jurisdiccional que, ...conoce.. y decide con sujeción a normas legales (jurídicas) para definir esos derechos subjetivos con el carácter de vinculación propio de la cosa juzgada o de la fuerza general de obligar de las sentencias constitutivas (en particular las de estado y condición de las personas)”.

rior interés del adoptando, que nadie niega, puede llevar a constituir la adopción en contra de la voluntad del adoptando mayor de doce años con la misma justificación: su propio interés, dando cumplimiento a la finalidad de protegerle.

Por lo que se refiere a la naturaleza coercitiva del acto de adopción⁽⁶⁶⁾, tampoco es justificación que impida el contencioso (La doctrina suele basarse en alguna STS como la de 3-6-1950, cuya lectura evidencia la improcedencia de ser aplicada al tema que nos ocupa). De nuevo el interés del menor sería el fundamento que se impusiera coercitivamente sobre cualquier otro interés debatible. Sin embargo, la postura del legislador de considerar coercitivos ciertos actos, no es lícita cuando ciegue o sofoque definitivamente el legítimo derecho del opositor a la jurisdicción desde la vertiente al proceso contradictorio con todas las garantías⁽⁶⁷⁾. Dicho con palabras de CARRASCO PEREDA⁽⁶⁸⁾ aunque tratando de irrevocabilidad, “La Constitución no impone que, en caso de conflicto, los intereses del adoptado menor hayan de prevalecer frente al interés de sus padres naturales...”, por entender que es legítima la opción legal de dar preponderancia al interés del adoptando sobre otros intereses considerados de menor rango, pero salvando que tal legislador no puede disponer discrecionalmente de los derechos constitucionales. Asimismo dice este autor que “El conflicto entre las parte implicadas no se ha de resolver en términos de contienda entre derechos sustantivos, sino de composición entre una opción legal y un derecho constitucional de alcance procedimental. La expectativa constitucional que está en juego no es el derecho sustantivo de los padres, derivado del art. 39, sino la garantía de un procedimiento abierto donde se permita la presencia y la contradicción y no se generen situaciones de indefensión. Naturalmente, este derecho de los padres derivado del art. 24 CE no es susceptible de disposición por el legislador”. Lo referido a los padres, puede serlo también a otros opositores, si bien aquellos presentan diferencias obvias.

La ley vigente tiene para con los padres del adoptando una consideración distinta al resto de los interesados, pero insuficiente; pues aunque les permite debatir contenciosamente que su asentimiento a la adopción es imprescindible, sin embargo parece olvidar el legislador que los mismos padres pueden tener otros motivos de oposición distintos o independientes de su derecho a vetarla.

⁽⁶⁶⁾ Niega la naturaleza coercitiva VARGAS CABRERA, *La protección....* op. cit. p. 351, nota a pie 57; en contra EGEA FERNANDEZ, *Comentarios.* op. cit. p. 327.

⁽⁶⁷⁾ Cit.: ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal...* op. cit. p. 497.

⁽⁶⁸⁾ *Comentarios...* op. cit. p. 210-211.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. UNIONES DE HECHO. SUBROGACION ARRENDATICIA

Tribunal Constitucional. Sala 2.^a, Sentencia n.º 155/1998 de 13 de julio.

Ponente: Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer.

Se vulnera el derecho a la igualdad jurídica del art. 14 de la Constitución al declararse resuelto el contrato de arrendamiento por apreciar la concurrencia de cesión o subarriendo inconsentido cuando la demandada convivió more uxorio con el arrendatario. A tal efecto es determinante la existencia o no de libertad por parte de los convivientes para continuar en la misma situación o contraer matrimonio, circunstancia esta última que no concurría en el caso de autos.

ANALISIS DEL CASO

- D. José, que estaba casado y D.^a Purificación, de estado civil soltera, mantuvieron una relación extramatrimonial desde 1973 hasta 1979. El 12 de septiembre de 1973, D. José suscribió un contrato de arrendamiento con D. Cesar respecto de una vivienda en la que la pareja fijó su domicilio común hasta que por las desavenencias surgidas entre ellos, en 1979, D. José dejó de convivir en la misma. Desde entonces la vivienda fue ocupada exclusivamente por doña Purificación.
- El 10 de mayo de 1988 D. César, en su calidad de copropietario y arrendador de la referida vivienda, presentó demanda de juicio de cognición contra D. José y D.^a Purificación, interesando que se declarase la resolución del contrato arrendaticio que los unía con fundamento en que el arrendatario había abandonado la vivienda, y que su ocupante actual, ahora demandante de amparo, carecía de título válido para permanecer en la misma por lo que se había producido una situación de cesión o subarriendo inconsentido.

- Contestada la demanda separadamente por cada uno de los demandados, tras la oportuna tramitación, el Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 27 de Madrid dictó sentencia el 2 de diciembre de 1992, en la que desestimó íntegramente la demanda. Dicha sentencia, después de reproducir la doctrina constitucional sobre la equiparación al matrimonio de las uniones de hecho, entiende que no hay cesión si el marido abandona el hogar y ello se justifica en el hecho de no existir intención de ceder, intención necesaria para que concurre el supuesto 5.^º del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, obviamente, si no hay cesión con mucha menos razón puede hablarse de subarriendo, al exigirse en este caso la existencia de un precio, estando alejada la cuestión de fondo que nos ocupa de la posibilidad de subarriendo mediante precio. Lo que nuestra jurisprudencia ha venido a establecer es que en suma el contrato de arrendamiento aunque nominalmente se suscriba a nombre de uno de los cónyuges en realidad tiende a amparar toda una situación familiar de tal modo que si uno de los cónyuges abandona el hogar de hecho o incluso por separación acordada judicialmente (SAP Pontevedra de 6 de diciembre de 1976) tampoco existe cesión o subarriendo ya que el cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario y no cesionario o subarrendatario.
- Interpuesto recurso de apelación por D. César, la sección 20.^ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 6 de junio de 1995, en la que estimó el recurso, y revocando la sentencia apelada, estimó la demanda declarando resuelto el contrato de arrendamiento objeto del pleito, condenando al arrendatario, a doña Purificación y a quienes de ellos traigan causa al oportuno desalojo. En los fundamentos jurídicos se señala para llegar a la conclusión desestimatoria de la demanda en la que se ejercita una pretensión resolutoria de contrato de arrendamiento de vivienda por cesión incontestada la sentencia del Juzgado arranca, como expone en el inicio del cuarto de sus fundamentos jurídicos de equiparar la unión de hecho de los demandados D. José y D.^ª Purificación con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos. Equiparación que la sala no comparte por considerar que en el ámbito jurídico el conjunto de derechos y obligaciones de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y por supuesto los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial, atribuyen al estado civil una peculiaridad de la que está ayuna por completo la unión de mero hecho. Y siendo ello así, es obvio que el entramado argumental en que se sustenta el fallo cae por su base. Y aparece pura y llanamente la figura de la ilícita introducción en el vínculo arrendaticio, o lo que es igual en el goce y disfrute de la vivienda arrendada, de una tercera persona extraña a dicho vínculo que, como tiene declarado una constante, pacífica y uniforme doctrina del Tribunal Supremo, es causa de cesación del arrendamiento, encajable en los supuestos contemplados en las causas 2.^ª y 5.^ª del art. 114 de la

Ley de Arrendamientos Urbanos, llámese a esta situación cesión o subarriendo inconsentido. Que es lo que sucede en esta litis en la que está claro que el contrato de arrendamiento se celebró con don José como inquilino o arrendatario y que abandonó la vivienda que ha venido ocupando, sin que conste el consentimiento expreso del arrendador originario o subrogado por lo que, como se acaba de exponer, concurre la causa de resolución invocada en la demanda (...).

- D.^ª Purificación recurrió en amparo, al entender que se ha vulnerado el art. 14 C.E. y se contradice la doctrina de la STC 222/1992 pues no tiene en consideración el hecho de que durante los años 1973 a 1979 en que se desarrolló la relación extramatrimonial de la pareja, D. José no podía divorciarse ni, por ello, contraer matrimonio con la demandante del amparo.
- El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, declarando que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho a la igualdad de la recurrente y en consecuencia anulando dicha sentencia se acuerda remitir los autos a la Audiencia a fin de que dicte otra en la que se respete el derecho a la igualdad. El Excmo. D. José Gabaldón López emitió un voto particular.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en este recurso consiste en determinar si la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró la resolución del arrendamiento por estimar la concurrencia, de cesión o subarriendo inconsentido prevista en los números 2 y 5 del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto refundido aprobado por Decreto 4.101/1964), ha vulnerado el derecho a la igualdad jurídica de la recurrente, que se garantiza en el art. 14 CE. Entiende ésta que la lesión de este derecho fundamental se ha producido porque la Audiencia Provincial le ha impedido continuar en el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar con el argumento de que la relación que mantuvo con la persona arrendataria de la vivienda, antes de que ésta abandonara el domicilio, no era una relación matrimonial sino una mera unión de hecho. De este modo, continúa alegando la recurrente, se le ha dispensado un trato discriminatorio respecto del que hubiera recibido, de haber contraído ma-

trimonio con la persona que contrató el arrendamiento de la vivienda. Esta diversidad de tratamiento carecía de justificación habida cuenta de que la relación extramatrimonial que mantuvo entre 1973 y 1979 con D. José fue debida a la imposibilidad legal de contraer matrimonio con su pareja por la condición de persona casada de este último y la inexistencia del divorcio en nuestro ordenamiento en aquellas fechas.

Con carácter previo, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto los hechos que resultaron acreditados en la instancia:

- Los demandados constituyeron pareja o unión estable similar a la matrimonial desde el año 1973 hasta 1979, suscribiéndose el contrato objeto de la litis constante dicha convivencia.
- Durante el tiempo en que se prolongó la convivencia *more uxorio* no existía

en nuestro ordenamiento jurídico posibilidad de disolución matrimonial.

- La legislación de arrendamientos urbanos vigente en el momento de dictarse la sentencia no contemplaba explícitamente el supuesto de abandono de la vivienda por parte del arrendatario. Situación que cambió con la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre que reconoció la posibilidad de que en estos casos, el arrendamiento continuara no sólo en beneficio del cónyuge, sino también de la persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual.

En la STC 222/1992 se apreció la vulneración del derecho a la igualdad por un precepto legal el entonces vigente art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto refundido de 1964) que excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de la vivienda a quien hubiera convivido extramatrimonialmente con el arrendatario fallecido. En el supuesto ahora enjuiciado no se está en presencia de una subrogación *mortis causa*, sino de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario. En estos casos la ruptura de la relación sentimental deriva de la libre decisión de al menos, uno de los convivientes y al analizar las consecuencias jurídicas de este hecho puede no ser irrelevante el dato de que la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (STC 184/1990, fundamento jurídico 3.^o). No obstante, este hecho tampoco es en sí mismo concluyente ya que para determinar

si este elemento diferencial la voluntariedad de la ruptura es suficiente para llegar aquí a una conclusión distinta a la alcanzada en las SSTC 222/1992, 6/1993 y 47/1993 deberá analizarse, de ser necesario entrar en el fondo de la cuestión, si esa diferencia justifica ex art. 14 C.E. una diversidad de trato en cuanto a la subrogación en el arrendamiento en caso de abandono del domicilio familiar... Para efectuar ese enjuiciamiento deberá tenerse en cuenta, entre otros datos, que la finalidad o, como se dijo en la STC 222/1992, "el fundamento constitucional de la subrogación que aquí consideramos" (fundamento jurídico 4.^o) es la protección de la familia entendida en sentido amplio y esta condición debe predicarse tanto de la unión matrimonial como la *more uxorio* (STC 222/1992, fundamento jurídico 5.^o).

Es reiterada la jurisprudencia constitucional que establece una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional ex art. 14 CE. del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990).

Por tanto, antes de entrar en otras consideraciones, deberá examinarse si D. José y D.^a Purificación tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas, que hipotéticamente lo impedían resultan constitucionalmente admisibles, ya que de no ser así, deberá concluirse que esa ausencia de libertad

conlleva ex. art. 14 C.E. una obligada igualdad de trato. Y el Tribunal Constitucional entiende que:

Los convivientes more uxorio no pudieron contraer matrimonio mientras duró su relación porque en aquel momento no existía en nuestro ordenamiento posibilidad alguna de que el conviviente arrendatario consiguiese el divorcio. Es cierto que, como también hemos avanzado, no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente.

Para que esto sea así la causa que, limita la libertad de casarse, debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Pero esto es cabalmente lo que ocurre en el presente caso en el que la Constitución establece en su art. 32.2 un mandato explícito al legislador para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos; mandato al que, como sabemos, no se dio cumplimiento hasta la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron more uxorio lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial.

En efecto, así como el Tribunal Constitucional ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario (STC 260/1988) tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo (STC 29/1992), antes de esa fecha debe presumirse, salvo prueba en contrario -que en el proceso aquí enjuiciado no se aporta, que los convivientes more uxorio se vieron

jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia.

Debe concluirse, pues, que la Sentencia objeto del presente recurso, al no fundarse sobre estas bases, vulnera el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, ya que, en lugar de partir de la necesaria igualdad de trato constitucionalmente exigida en atención a la imposibilidad de contraer matrimonio, funda su decisión única y exclusivamente en la premisa de que la unión de hecho formada por los arrendatarios "está ayuna por completo" de los "derechos y deberes de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y, por supuesto de los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial" y por ello quien ha convivido extramatrimonialmente en el domicilio familiar con el arrendatario de la vivienda, constituye "una persona extraña a dicho vínculo arrendaticio", ya que no puede equipararse "la unión de hecho de los demandados (...) con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos" (fundamento jurídico 2.^o).

VOTO PARTICULAR

Como ya hemos comentado, el magistrado, Excmo. Sr. D. José Gabaldón López formuló un voto particular respecto de la sentencia dictada, al entender que debió desestimarse la petición de amparo, ya que en el caso debatido se dan unas características diferentes a otros casos analizados por el TC, sobre todo porque la situación de convivencia de la recurrente con el arrendatario, que se había mantenido entre 1973 y 1979, ya no existía ni cuando el propietario instó la resolución del arrendamiento ni en diciembre de 1992 cuando se dictó la Sentencia de instancia. Se trata en este caso, no ya de que exista una situación de convivencia de hecho, sino de su inexistencia, y por otra parte, de la aplicación extensiva a la misma de los requisitos establecidos en la nueva Ley de Arren-

damientos Urbanos, cuyas prescripciones tampoco permiten una asimilación a las del caso.

Se aplica aquí el criterio de igualdad al derecho de continuación en el arrendamiento como si, en el momento de plantearse la cuestión judicial, la relación de convivencia persistiera y así persistieran los efectos de la imposibilidad de contraer con anterioridad a la Ley 30/1981, de suerte que según esa apreciación la demandada en el proceso civil sufriría discriminación respecto de la esposa en el supuesto de abandono del domicilio conyugal por el marido.

Lo cierto es sin embargo, que la situación de convivencia había concluido en 1979 por voluntad al menos de una de las partes, lo cual habría de producir (y no consta nada acerca de su posterior reanudación) la cesación de sus efectos e incluso de los derivados de la anterior circunstancia de la imposibilidad legal de contraer matrimonio

antes de la Ley 30/1981, la cual si fue cierta cuando se inició la convivencia, ya no era después de su cesación en cuanto no consta que existiera una ulterior decisión al respecto. Tratábase, pues, de una situación estable en su origen y durante algún tiempo pero que había dejado de serlo y ni siquiera existía como situación de convivencia cuando se plantea la cuestión sobre la posesión del piso.

Se ha aplicado, pues, la asimilación del abandono del domicilio conyugal a una situación de convivencia estable que ni siquiera permanecía desde varios años antes. No se trataría de una diferencia de trato fundada exclusivamente en el carácter no de la unión, sino que al contrario, se habría pretendido (y se aplicó por el Juez de instancia) una igualdad de trato fundada en la asimilación al cese de la convivencia conyugal cuando no subsistía una situación de hecho que permitiera la equiparación por haber sido disuelta años antes.

TRIBUNAL SUPREMO

I. UNIONES DE HECHO

1. *Indemnización a uno de los convivientes. Pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 4 de junio de 1998.

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

Procede conceder a la conviviente la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que le supuso la cesación de la convivencia. No existe ningún obstáculo para que en la sentencia se imponga a uno de los convivientes la obligación de abonar en lo sucesivo el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar.

ANALISIS DEL CASO

- D.^ª Lucía y D. Francisco llevaban conviviendo de una manera estable y si como de matrimonio se tratara desde hacía unos 12 años, y de su convivencia nacieron el 29 de octubre de 1981 y el 28 de noviembre de 1983 dos hijas, Lucía y Verónica.
- D.^ª Lucía promovió juicio declarativo de menor cuantía contra D. Francisco a fin de que se le otorgase la guarda y custodia de las mismas, se le atribuyese el uso del domicilio familiar y de un vehículo, se fijara la cantidad de 150.000 pts. mensuales en concepto de alimentos para las hijas, que en concepto de pensión o indemnización se concediese a la actora la titularidad y propiedad del 50% de todos los bienes adquiridos durante la convivencia y

la cantidad mensual de 100.000 pts., y además que se condenase al demandado a abonar los gastos de hipoteca que pesan sobre la vivienda familiar.

- El Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 3 de Torrejón de Ardoz dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 1991, en el sentido de: 1.^º) Declarar la disolución de la unión de hecho formada entre las partes. 2.^º) Conceder la guarda y custodia de las hijas a la madre. 3.^º) Atribuir el uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar a la madre y a las hijas. 4.^º) Conceder como pensión compensatoria a favor de D.^a Lucía, la cantidad de 75.000 ptas. mensuales y 150.000 pts. en concepto de alimentos a las hijas y 5.^º) En cuanto a la adjudicación de la titularidad de los bienes específicamente designados en el *petitum* de la demanda interpuesta habrá de estarse a la ulterior liquidación de la sociedad de gananciales.
- En grado de apelación, la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 20 de enero de 1994 confirmando la de instancia, si bien con las matizaciones de que la cantidad mensual concedida a D.^a Lucía, lo es en concepto de indemnización y no pensión compensatoria y hasta la liquidación de la comunidad de bienes formada por la unión (y no sociedad de gananciales); que la pensión de alimentos se debe desde la interposición de la demanda (art. 148 CC); que hasta dicha liquidación le corresponde a la actora en administración la furgoneta marca Ford modelo Transit; y en cuanto a la hipoteca que grava el domicilio familiar seguirá abonándola D. Francisco sin perjuicio de su derecho de crédito contra la comunidad de bienes creada y que podrá ejercer en el momento de dicha liquidación.
- Tanto la parte actora como la demandada recurren en casación, siendo desestimados ambos recursos por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Si bien el cese de la convivencia de una unión de hecho no plantea ningún tipo de problemas en cuanto a la regulación de las relaciones paterno-filiales otra cuestión muy distinta es la relativa a las consecuencias patrimoniales que pueden surgir entre los convivientes. Con carácter previo, hay que precisar como señala el Tribunal Supremo que las uniones *more uxorio* por su peculiar naturaleza no requieren de ninguna declaración judicial sobre su disolución, por ello es in-

trascendente el pronunciamiento que en este sentido hace el juzgado de instancia.

1. **Indemnización en favor de uno de los convivientes.**

La circunstancia de que se condene a uno de los convivientes a abonar al otro una determinada cantidad nos lleva a la cuestión de precisar el fundamento jurídico en virtud del cual surge ese derecho económico. En el

presente supuesto se han barajado distintas posibilidades:

- a) Pago en concepto de pensión compensatoria.

El juzgado de instancia entendió que el mismo procedía en concepto de pensión compensatoria. La Audiencia Provincial desecha que tal hipotético derecho pueda concederse por aplicación analógica del art. 97 CC, que regula el derecho de pensión en las crisis matrimoniales. El Tribunal Supremo confirma que la conclusión de la Audiencia Provincial es correcta, pues *“el sistema indemnizatorio es un privilegio de los casados, no extensible a los integrantes de una unión de hecho. La diferencia de trato no sería constitutiva de desigualdad pues el pleno de TC en sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, tiene establecido: «La CE no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 CE, sea acreedora del mismo tratamiento, singularmente en materia de pensiones de S.S., que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1 CE, contraigan matrimonio, y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, no es arbitraria o carente de fundamento».*

- b) Pago en concepto de indemnización.

La sentencia de la Audiencia Provincial sostiene que la cantidad que D. Francisco debe abonar a la actora lo es en concepto de indemnización, razonando que *«se comprende que en este extremo, el Tribunal a quo tuvo en cuenta y aplicó, sin duda, por analogía, la consecuencia prevista para la*

situación que contempla el artículo siguiente, el 98».

El recurrente no está de acuerdo con este pronunciamiento y sostiene que no procede ninguna indemnización puesto que no se ha acreditado la existencia ni valoración de ningún daño, ni perjuicio en concreto, ni apreciado el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del recurrente de ninguna obligación contractual o extracontractual que origine el deber de indemnizar. Tal indemnización no podría fundamentarse en el art. 1902 al ser evidente que entre las partes ha existido un tipo de asociación o sociedad, regulada, en parte, por ellos mismos de forma expresa, como la ordenación de su patrimonio, y, en parte verbalmente, como el régimen de contribución al levantamiento de cargas de su unión.

Con carácter previo a analizar la cuestión, el Tribunal Supremo reitera la doctrina emanada del mismo en torno a las uniones de hecho: *“Las uniones libres, aun careciendo de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total, y basta para acreditarlo así la remisión a las disposiciones legales que figuran relacionadas en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recaída en primera instancia. Sobre dicha cuestión, la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que en materia de uniones more uxorio no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aun reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (SS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 de febrero de 1993 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1994). Sin embargo la aludida falta de equiparación de las uniones de hecho a la dimanada del matrimonio no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la CE no las prevé, tampoco*

las rechaza explícitamente y así se desprende del art. 32 en relación con el art. 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 7 de marzo de 1988, está orientada a que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulen las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su casación, no puedan tenerse como nulas, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones, y las precedentes consideraciones responden a la argumentación recogida en la S. de 18 de mayo de 1992, así pues, en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible, deben adoptarse caso por caso.

Entrando ya en el caso concreto el Tribunal Supremo señala que «no cabe olvidar que la unión *more uxorio* que formaron los litigantes se caracterizó, como bien se dijo en la sentencia de instancia, por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquéllos se comportaron como si de un verdadero matrimonio se tratara, llegándose a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares dignos de protección, ni olvidar, tampoco, que la prueba practicada evidenció que ‘era intención de la pareja hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos’ (FJ 5.º de la sentencia de instancia), particular el expresado que se reconoce en el recurso de D. Francisco al decirse que ‘es evidente que entre las partes ha existido un tipo de asociación o sociedad, regulada, en parte, por ellos mismos en forma expresa, como la ordenación de su patrimonio, y, en parte, verbalmente, como el régimen de contribución al levantamiento de cargas de su unión’ y que ‘ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos con sus frutos y rentas al régimen de la sociedad le-

gal de gananciales, régimen que es perfectamente aplicable para regular la comunidad constituida’, siendo todo ello, sin duda, lo que determinó al Tribunal a quo, en línea coincidente con el criterio del Juez de instancia, a conceder a D.ª Lucía la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia, por lo que no resulta posible estimar infringidos los preceptos citados en el motivo segundo, siendo de decir a este respecto la imprecisión que conlleva alegar la violación del art. 1101 CC, por aplicación indebida, en razón a que dicho precepto no fue aplicado por el Tribunal a quo.»

2. Obligación de pagar la hipoteca que grava la vivienda familiar.

La sentencia de instancia impone a D. Francisco la obligación de pagar los vencimientos del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar en su integridad hasta la liquidación de la comunidad de bienes creada, sin perjuicio de su derecho de crédito que podrá ejercitar en el momento de la liquidación de tal sociedad. El recurrente no se muestra conforme con dicho pronunciamiento, puesto que siendo de aplicación las normas que regulan la sociedad de gananciales —régimen al que ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido con sus frutos y rentas— una vez disuelta aquella, no puede imponerse a partir de ese momento a cargo de ninguno de los partícipes ningún pago que haga aumentar el pasivo de la sociedad, que ya es inexistente, como no sea, de conformidad al art. 1408 del mismo Código, alimentos para los cónyuges/partícipes, o hijos.

En este sentido señala el Tribunal Supremo “Por lo que respecta al tema planteado, en él se viene a calificar la situación de comunidad como la derivada de una sociedad legal de gananciales, que, al parecer, es el criterio mantenido en la sentencia de instancia, a diferencia del sostenido en la recurrida, que, se decanta por un régimen económi-

co equiparable al propio de una comunidad de bienes, pero fuese cual fuese el calificativo a aplicar al régimen económico de la unión more uxorio de que tratamos, es lo cierto que la decisión del Tribunal a quo de imponer a D. Francisco la obligación del abono de la hipoteca hasta que se efectúe la liquidación de la comunidad, con el correlativo reconocimiento de un derecho de crédito contra la misma, no puede suponer vulneración ninguna de las reglas que regulan,

bien la liquidación de la sociedad legal de gananciales, bien la llevada a cabo en una comunidad de bienes, lo que comporta, sin necesidad de mayores reflexiones, la imposibilidad de atribuir a la Sala a quo la infracción alegada en el motivo analizado, lo que conduce a su claudicación, especialmente, cuando la aplicación de un criterio distinto sería contrariar la teoría de los actos propios, ya que D. Francisco era el que venía abonando la hipoteca”.

II. FILIACION

1. RECLAMACION DE PATERNIDAD

1.1. Prueba biológica practicada como diligencia para mejor proveer.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de febrero de 1998.

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

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.

ANALISIS DEL CASO

- D.ª Margarita interpuso demanda de menor cuantía contra D. Santiago solicitando el dictado de una sentencia por la que se declarase que el demandado es el padre de su hija Silvia.
- D. Santiago se personó en los autos y contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Burgos dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 1993, estimando íntegramente la demanda declarando la filiación no matrimonial entre el demandado y la menor Silvia.

- Interpuesto recurso de apelación por D. Santiago, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 1993, desestimando el recurso y confirmando en su integridad la sentencia de instancia.
- D. Santiago interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Declarada la paternidad del demandado, los motivos que argumenta para impugnar la sentencia recurrida se centran en la práctica de la prueba biológica, ya que a su entender las irregularidades de que adolece la practicada en autos, hacen que no sea tal y ni siquiera tiene el valor de documento los resultados en ella consignados.

Analicemos cómo se sucedieron los hechos hasta la práctica de la prueba: La parte actora solicitó en el período probatorio la realización de la prueba pericial médica de investigación de la paternidad *“a fin de que por el Servicio de Medicina del Instituto Nacional de Toxicología de Madrid dependiente del Ministerio de Justicia, se reconozca a D. Santiago, a D.^a Margarita y a la menor Silvia, llevándose a cabo las pruebas biológicas de paternidad previo estudio de los Grupos Sanguíneos eritrocitarios, proteínas plasmáticas e isoenzimas eritrocitarias y del sistema HLA, así como aquellas otras que consideren oportunas”*. Dado el traslado de su escrito al demandado, hoy recurrente, para que pudiese exponer lo oportuno sobre la pertinencia o ampliación, en su caso, a otros extremos de la pericia, nada alegó. La prueba no pudo ser practicada dentro del período probatorio por imposibilidad del Instituto Nacional de Toxicología. El Juzgado acordó como diligencia para mejor proveer que se practicasen en dicho Instituto, lo que así se llevó a efecto, compareciendo las partes. El dictamen del Instituto se le expuso a las mismas para que pudieran alegar lo que les conviniera.

Así las cosas y como señala el Tribunal Supremo, es evidente que se cumplieron las prescripciones legales sobre estas diligencias (arts. 340-342 LEC). En cuanto a las mismas, es doctrina reiterada de esta Sala que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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, como se cumple en autos»* (sentencia de 1 de abril de 1997 y las que cita).

Por tanto, ningún reproche cabe hacer a la actuación del Juzgado, que en lugar de prescindir de una pericia por no poder efectuarse en período probatorio, ordena a su impulso la realización posterior en averiguación de la verdad. Tampoco a la de la Audiencia, al no acceder a la repetición de una prueba practicada ya porque al recurrente no le satisfacía médicamente. No sólo no concurría ninguno de los supuestos legales para admitir la prueba en segunda instancia, sino que hubiera sido improcedente por completo que se atendiese cuando nada absolutamente dijo en el período de proposición de prueba acerca de lo que, después de efectuada la pericial médica, manifestó de acuerdo con el art. 342 LEC. Sus objeciones al respecto no pasan de ser observaciones propias, que pueden ser valoradas por el Juzgado dentro del conjunto de la prueba pericial, y si ha creído que por la

autoridad y práctica en este tipo de pruebas del Instituto Nacional de Toxicología, su dictamen era más fiable que las objeciones del recurrente, ni se ha infringido ningún precepto legal ni puede por supuesto considerarse que la prueba no se ha realizado.

Pero es que, además, las dos sentencias de instancia no basan sólo sus respectivas “ratio decidendi” en el resultado de la prueba pericial realizada por el Instituto Nacional de Toxicología, sino en un análisis minucioso y coherente de todas las demás pruebas obran-

tes en autos. La Audiencia, en este sentido, no sólo acepta expresamente los fundamentos jurídicos de la de primera instancia, sino que añade su valoración probatoria propia. La tan repetida prueba pericial es un añadido, un complemento que refuerza la convicción de los juzgadores. Aquellas valoraciones de las otras pruebas no se han atacado en el recurso, con cita de las normas que se hubieran infringido, ni, en consecuencia, nada se dice sobre el porqué de su hipotética vulneración, por lo que el resultado ha de permanecer incólume en casación.

1.2. *Prueba biológica. Falta de ratificación del perito en la 1.ª Instancia. Inadmisión de documento suscrito por otros profesionales valorando el informe pericial.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 7 de marzo de 1998.

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

No existe quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por el hecho de que el perito no ratificase su informe en la primera instancia, puesto que ello no causó indefensión a las partes al haberse producido la ratificación en la segunda instancia.

La valoración de la prueba pericial médica corresponde exclusivamente al órgano judicial, no admitiéndose que la misma pueda realizarse por otros profesionales.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Remedios presentó demanda de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad contra D. José a fin de que se declarase que el demandado es el padre de la menor Tamara, con derecho a percibir alimentos del padre a partir de la fecha de nacimiento, en la cuantía que el Juzgado estime procedente en consideración a las circunstancias concurrentes y situación económica de ambos progenitores.
- El juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Torrox dictó sentencia el día 22 de octubre de 1992, estimando la demanda, declarando la filiación reclamada y

condenando a D. José a reconocer la paternidad de la menor Tamara, que deberá llevar los apellidos de los progenitores, con derecho a percibir alimentos del padre en la cuantía que se determine en fase de ejecución de sentencia, condenando al demandado al pago de las costas.

- Apelada la sentencia por D. José, la sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 1993, desestimando el recurso de apelación.
- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Básicamente dos son las cuestiones en las que el recurrente centra sus motivos de impugnación, en primer lugar las irregularidades que se cometieron en la práctica de la prueba biológica y en segundo lugar, la no admisión de un documento suscrito por varios médicos en el que se venía a criticar o valorar el informe del perito.

1. Quebrantamiento de forma en la práctica de la prueba biológica.

El recurrente alega el quebrantamiento de las normas esenciales del juicio, puesto que practicada la prueba biológica en primera instancia el perito no se ratificó en su informe, con lo que se le privó en su momento de poder haber hecho las alegaciones que tuviese por convenientes, circunstancia que no se subsanó porque la ratificación de dicho informe se efectuara en la segunda instancia.

Las incidencias que surgieron en la práctica de la prueba biológica son las siguientes: Solicitada por la parte actora y admitida por el juzgado, se citó a las partes para el nombramiento del perito y estando ambas de acuerdo resultó elegido el doctor D. Marceliano H., el cual aceptó dicho nombramiento y juró desempeñar el cargo bien y fielmente. Practicada la referida prueba pericial biológica, el perito médico presentó en el Juzgado su correspondiente informe, pero el Juzgado no acordó la ratificación del mismo en pre-

sencia de las partes, para que éstas pudieran pedir al perito las aclaraciones que tuvieran por conveniente. Cuestionado este hecho durante la sustanciación del recurso, la Sala acordó con carácter de diligencia para mejor proveer la ratificación del perito en su informe, lo que se llevó a efecto en presencia de ambas partes, y solicitando las aclaraciones que tuvieron por conveniente. A continuación de dicha diligencia, se dictó providencia acordando poner de manifiesto a las partes el resultado de la diligencia practicada, a fin de que en el término de tres días puedan alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 342 de la LEC. Dentro de dicho plazo, las representaciones procesales de ambas partes, mediante sendos escritos, hicieron las alegaciones que tuvieron por conveniente en relación con la diligencia practicada para mejor proveer de ratificación del perito médico en el informe emitido por el mismo.

Lógicamente este motivo no puede ser estimado por el Tribunal Supremo, puesto que como reiteradamente viene sosteniendo nuestro más alto tribunal *“Para que un motivo formulado al amparo del inciso segundo del ordinal tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueda tener una favorable acogida casacional se requiere inexcusablemente que el supuesto quebrantamiento de forma*

que, mediante el mismo, se dice denunciar, haya producido indefensión al recurrente que lo utiliza, según establece expresamente dicho inciso segundo del ordinal tercero “in fine”, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, ya que la emisión del informe pericial en la forma que prescriben los artículos 627 y 628 de la citada Ley procesal civil, que fue omitida en la primera instancia, se practicó luego en la segunda con todas las garantías procesales para las partes, pues en dicha diligencia, practicada, repetimos, durante la tramitación del recurso de apelación y acordada como diligencia para mejor proveer, tuvieron plena y total intervención las partes, las cuales pidieron al perito las aclaraciones que consideraron procedentes y luego, conforme al artículo 342 “in fine” de la repetida Ley adjetiva civil, alegaron por escrito cuanto estimaron conveniente acerca del alcance o importancia de la diligencia acordada y practicada para mejor proveer, con lo que la parte aquí recurrente, volvemos a decir, no sufrió indefensión alguna, razón por la cual tampoco se incurrió en la denunciada infracción de los artículos 238-3.º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales exigen, para que proceda la nulidad de los actos judiciales por quebrantamiento de forma, la producción de indefensión, que aquí (repetimos) no ha existido.

Por lo que respecta a la circunstancia de que la ratificación del perito se llevase a efecto por acordarlo la Audiencia con carácter de diligencia para mejor proveer, es reiterada doctrina de esta Sala la de que la práctica de las diligencias para mejor proveer es facultad propia y exclusiva de los juzgadores de la instancia, no sometida al impulso procesal de parte, ni al principio dispositivo, por lo que el uso (o no uso, en su caso) de la misma por los referidos órganos jurisdiccionales no es susceptible de recurso alguno ni, por tanto, de este extraordinario de casación (Sentencias de 31 de mayo de 1993, 14 de noviembre de 1994, 25 de febrero de 1995, 9 de diciembre de 1996, por citar al-

gunas de las más recientes), dentro de cuya doctrina jurisprudencial es plenamente incardinable el supuesto aquí contemplado, en el que la Sala de apelación acordó, como diligencia para mejor proveer, que el Perito ratificara su informe a la presencia judicial y de las partes con lo que quedó subsanado el defecto que había sido cometido en primera instancia, cuya diligencia para mejor proveer fue practicada con todas las garantías procesales y sin indefensión alguna para las partes, según se ha dicho anteriormente y se ha relatado con detalle en el fundamento jurídico anterior de esta resolución.

2. Inadmisión del documento presentado por el demandado.

Cuando en el recurso de apelación ya había sido evacuado el trámite de instrucción de las partes y faltaban seis días para la celebración de la vista, concretamente el día 17 de noviembre de 1993, la representación procesal del demandado-apelante presentó un informe, de fecha 15 de noviembre de 1993, emitido por D. Luis, Catedrático de Medicina Legal, y D.ª Luz, Profesora Asociada, en el que se hacía una crítica o valoración del informe pericial emitido en el proceso por el perito D. M. Al comienzo de la celebración de la vista del recurso de apelación, que tuvo lugar el día 23 de noviembre de 1993, después de la dación de cuenta por el Secretario, la Sala de apelación acordó la inadmisión del referido documento.

El Tribunal Supremo también desestima este motivo, puesto que el referido informe, al constituir únicamente una prueba seudo-pericial, practicada por la exclusiva y unilateral decisión del demandado-apelante, con patente infracción de lo preceptuado en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede en modo alguno, cualquiera que sea la fecha de su emisión, ser conceptualizado como un documento de los que contemplan los artículos 863-2.º y 506-1.º de la citada Ley procesal, aparte de que en el referido informe (que, no obstante su rechazo por la Sala “a quo”, ha quedado unido al

Rollo de apelación —folios 63 a 65 del mismo—, lo único que hacen los suscribientes del mismo es una crítica o valoración de la prueba pericial biológica practicada en el proceso, con plena y total ignorancia de que la valoración de toda prueba pericial es de la única y exclusiva competencia del órgano judicial correspondiente.

En resumen, practicada la prueba biológica cuyo resultado de probabilidad fue del 99,99%, la sentencia recurrida —como antes

hizo la sentencia de instancia, después de valorar la referida prueba pericial, así como la testifical practicada en el proceso, de la que resulta que el demandado D. José venía manteniendo con la demandante D.ª Remedios una relación amorosa o sentimental de pareja durante el período de tiempo en que hubo de producirse la concepción de la niña Tamara, llega a la conclusión, y así lo declara, de que el demandado, aquí recurrente, D. José es el padre de la citada niña, Tamara.

1.3. *Legitimación del padre biológico para reclamar la filiación paterna no matrimonial a pesar de no contar con posesión de estado.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 1998.

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

El padre biológico sin posesión de estado tiene legitimación para reclamar la filiación paterna no matrimonial en una interpretación integradora de los artículos 133 y 134 del Código Civil.

No se produce indefensión alguna al demandado que declarado en rebeldía no hizo uso de la posibilidad de solicitar prueba en segunda instancia, tal y como previene el artículo 862.5 de la LEC.

ANÁLISIS DEL CASO

- El presunto padre biológico de la menor Sandra, respecto a la cual solo quedó determinada la filiación materna interpuso demanda de menor cuantía para que se declarase la filiación paterna.
- El Juzgado de instancia estimó la demanda y D.ª Yolanda, madre biológica interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en sentencia de 24 de diciembre de 1993.
- D.ª Yolanda interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, si bien el Magistrado Sr. Gullón Ballesteros formuló un voto particular.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se centra en dos cuestiones, por un lado la supuesta indefensión sufrida por la recurrente y en segundo lugar respecto a la legitimación del actor para reclamar la filiación no matrimonial paterna al carecer de la posesión de estado.

1. Análisis de la supuesta indefensión sufrida por la recurrente.

Entiende la recurrente que ha sufrido indefensión al no haber tenido conocimiento de la cédula de emplazamiento, sin embargo, como señala el Tribunal Supremo *“la notificación por cédula efectuada a la persona del padre de la demandada y con arreglo a las prescripciones del art. 268 LEC, debe surtir todos sus efectos, sobre todo cuando en autos no se ha comprobado que el padre, en cuestión, hubiera dejado de cumplir con la obligación de entregar la cédula a la notificada —su hija—”*.

En segundo lugar, la recurrente alega que al estar en rebeldía no ha podido utilizar ningún medio de prueba para desvirtuar las alegaciones que se contienen en la demanda, indicando al efecto el Tribunal Supremo que *“la referida demandada, en segunda instancia -apelación-, no ha utilizado los mecanismos que le permite el art. 862.5 LEC, que tendría las consecuencias que determina el art. 767 de dicha Ley procesal. Todo lo cual excluye la posibilidad de que dicha parte demandada —ahora recurrente— haya sufrido una suerte de indefensión procesal, que hiciera necesaria la utilización de los mecanismos de amparo constitucional precisos. En este sentido hay que destacar la STC de 27 de septiembre de 1988, cuando dice que no se puede hablar de indefensión cuando la propia parte ha contribuido a ella, en el supuesto que exista, cuando la prueba que no se ha podido practicar en primera instancia, puede ser solicitada y reproducida ante el Tribunal “ad quem”, sobre todo como cuando en el presente caso no hay impedimento legal para ello. Sobre todo, además, tenien-*

do en cuenta que la segunda instancia o apelación en nuestro derecho puede ser perfectamente concebida como un “novum iudicium” o nuevo proceso, pues es muy frecuente la corriente científica doctrinal que determina que el procedimiento de apelación tiene sustantividad propia aunque sea continuación del de primera instancia -aweite erstinstanz- según la moderna doctrina procesal alemana”.

2. Legitimación del padre biológico sin posesión de estado para reclamar la filiación no matrimonial.

Entiende la recurrente que se ha infringido lo dispuesto en el art. 133 del Código Civil, puesto que según el citado precepto, la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida, pero en ningún momento se extiende dicha legitimación al padre. El Tribunal Supremo, desestima dicho motivo en base a la siguiente argumentación: *“El mencionado art. 133 CC, cuando habla de la constante posesión de estado para estar legitimado para exigir la declaración de filiación, no establece de una manera clara, la legitimación activa, en un proceso de filiación, del presunto progenitor para reclamar la paternidad; incluso, una rápida interpretación literal del referido artículo, pudiera llevar a la conclusión que impide o niega tal legitimación. Pero, por otra parte, dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE. Por eso no debe extrañar lo más mínimo que jurisprudencia de esta Sala, haya iniciado una interpretación lógica del referido precepto:*

— La sentencia de 5 de noviembre de 1987, señaló que se busca en esta clase de situaciones procesales la equiparación del estado de hecho a la intención que anima al progenitor.

— La sentencia de 22 de marzo de 1988, había establecido que la posesión de estado no es en todo caso circunstancia necesaria para poder ejercitar estas acciones.

— La sentencia de 8 de julio de 1991, establece que la posesión de estado, fue el fundamento de la pretensión, por lo que aducida al presentar la demanda, habilitaba al progenitor al ejercicio de dicha pretensión, esto es, desde el origen y en tanto en cuanto no se esclarezca judicialmente si existía o no existía dicha posesión de estado, ha de entenderse que está asistido de tal legitimación activa, por lo que, si luego durante el proceso se ha demostrado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial correspondiente será la desestimación de la pretensión, pero ya no por falta de ese presupuesto procesal habilitante de la acción, sino por la inconsistencia del fundamento de la misma.

— La sentencia de 30 de marzo de 1998, observa en este sentido la cuestión al decir que la aparente antinomia entre los arts. 131 y 134 CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero. Dicha Sentencia dice literalmente: “Que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Así la STS de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del art. 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aún en casos, en que no haya “posesión de estado” el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contra-puesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la STS de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los arts. 134 y 133 demuestran que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte

la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del art. 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este art. 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al art. 133; que de consiguiente, si por el juego de este art. 134 en relación con el 113.2, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada entre otras en SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: —La aparente antinomia entre los arts. 131 y 134 CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio art. 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis fa-

variable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el art. 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su S. de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución Española, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia—”.

Por todo lo cual, no se puede negar la legitimación activa, en el presente caso, al padre—ahora recurrido—, desde el instante mismo del éxito de su pretensión de paternidad, pues la declaración de la misma, lleva ya “per se” y con carácter retroactivo dicha activa legitimación procesal.

Sin embargo, el Magistrado D. Antonio Gullón Ballesteros discrepa de esta tesis y entiende que el fallo de la sentencia debería

de haber sido estimatorio del motivo segundo del recurso y, en consecuencia debería haberse desestimado la demanda interpuesta de reclamación de filiación no matrimonial paterna por el actor respecto de la menor Sandra, al no constar que el actor esté en posesión de estado respecto a la hija, al entender el citado magistrado que “*es clara la letra y espíritu del art. 133 CC. en el sentido de negar acción de reclamación de la filiación no matrimonial al progenitor; y así lo ha entendido la doctrina más autorizada. El art. 134 CC. no puede entenderse como contradictorio, o al menos causante de dudas sobre la interpretación del artículo anterior; pues se refiere al ejercicio de una acción “conforme a los artículos anteriores”, es decir; que comprende el art. 133, en modo alguno otorga una legitimación activa al progenitor a quien se le niega el anterior. El “en todo caso” claramente lo conecta el art. 134 con uno de los efectos de la acción de reclamación; cuando se ejercite ésta, “en todo caso”, o sea, siempre, se permite la impugnación de una filiación contradictoria. Si se quiere decir de otra manera, cuando se pueda reclamar la filiación. En consecuencia, no existiendo legitimación activa para ello, huelga buscar toda cobertura en el art. 134 CC.*”

1.4. Carga de la prueba. Valor de la prueba testifical de parientes.

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

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

En cuestiones o hechos íntimos los parientes también son hábiles para declarar.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Pablo interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra D.^a Angela, sobre reclamación de paternidad del menor Angel alegando que mantuvo

relaciones con la demandada entre los años 1989 y 1990, poco después de la ruptura la demandada le comunicó al señor C. que esperaba un hijo; el actor ejercía su paternidad estimando que ésta era de dominio público, posteriormente instó expediente de reconocimiento de paternidad en el Registro Civil de Palma de Mallorca, si bien la demandada no reconoció la referida paternidad, lo que ha provocado la presente demanda.

- La demandada se personó en autos y se opuso a la demanda presentada solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. ocho de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 1993, estimando la demanda.
- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por D.^ª Angela, la sección tercera de la Audiencia Provincial de Palma, dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 1994, desestimando el recurso de apelación y confirmando íntegramente la sentencia.
- D.^ª Angela interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La madre biológica del menor recurre en casación para que se deje sin efecto la declaración de paternidad que ha efectuado la sentencia de instancia posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial. Los motivos de impugnación están relacionados directamente con la actividad probatoria.

1. Infracción del art. 1214 en relación a la carga de la prueba.

Sostiene la recurrente que se ha infringido dicho precepto, por entender que la prueba de las obligaciones incumbe a quien las alega, y que en autos no se ha practicado la biológica, pedida por el actor pero no reiterada su petición en segunda instancia, ni practicada para mejor proveer. Como señala el Tribunal Supremo, *el motivo carece de virtualidad a efectos de casación. Es reiterada y constante la Jurisprudencia, según la cual el artículo 1214 sólo se infringe, cuando a falta de prueba, se hacen caer las con-*

secuencias de su falta sobre persona distinta de la obligada a probar. En el caso de autos no se incumple el principio del «onus probandi», porque hay pruebas, de ellas obtiene el Tribunal su convicción, y por tanto, salvo que se demuestre que las pruebas se obtuvieron con infracción de normas legales, los hechos han de mantenerse. Los razonamientos que se dirigen a atribuir al actor la falta de pruebas, por no pedir en segunda instancia que se llevara a cabo la prueba biológica no practicada en la primera, en modo alguno permiten negar el hecho de la filiación, pues para su declaración no es absolutamente preciso esa prueba, como reiterada Jurisprudencia declara al amparo del artículo 135 del Código Civil.

2. Inhabilidad de los testigos.

En segundo lugar la recurrente pretende desvirtuar la sentencia recurrida en base a que los testigos eran inhábiles. A tal efecto

señala el Tribunal Supremo que *“la recurrente cita como infringido el artículo 1247, que recoge las causas de inhabilidad de los testigos, pero tal precepto es inoperante: porque en el pleito no se planteó ninguna tacha de testigos, es más, la recurrente dirigió repreguntas a ellos; porque se olvida que en cuestiones o hechos íntimos los parientes también son hábiles para declarar (artículo 1247 párrafo último), pero sobre todo y principalmente, porque la apreciación de pruebas llevada a cabo por las sentencias de instancia no cometen infracción alguna de regla valorativa ni se denuncia.”*

3. Prueba de presunciones.

Por último, la madre biológica denuncia la infracción de los arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil relativo a las presunciones, pero, como señala el Tribunal Supremo, *“aun admitiendo que tal medio de prueba se haya utilizado por la Sala de Instancia, debe tenerse presente que los hechos base (relación íntima, en época apropiada para la generación y aceptación de la paternidad por la madre), permanecen incólumes y entre ellos y la consecuencia, existe enlace preciso y directo, según reglas del criterio humano, por lo que también se desestima.”*

III. REGIMENES ECONOMICOS MATRIMONIALES

1. DISPOSICION DE BIENES

1.1. Colisión entre derechos hereditarios y terceras personas contratantes.

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

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

No existe enriquecimiento sin causa en la disposición de bienes gananciales cuando ha mediado una realidad contractual no declarada nula.

ANALISIS DEL CASO

- La casa sita en la calle A número B de la ciudad de Huelva fue adquirida el 6 de noviembre de 1941, en constante matrimonio por D. Juan María y su segunda esposa D.^ª Antonia, e inscrita en el Registro de la Propiedad como bien ganancial de los referidos esposos.

- D.^a Antonia vendió el inmueble a su sobrina D.^a Julia por documento privado de 28 de noviembre de 1967. Fallecida D.^a Julia, D. Sebastián y D. José Miguel, esposo e hijo de aquella, tras la tramitación del oportuno expediente de dominio, inscribieron a su nombre dicha finca en el Registro de la Propiedad. Con posterioridad el inmueble reseñado fue permutado a D. Luis y a su esposa, y, después, aportado a la entidad “Construcciones L., S.L.”, a cuyo nombre se encuentra inscrita la finca, ya dividida horizontalmente, según se desprende de la certificación registral obrante en autos.
- D.^a Dolores y D.^a Josefa (herederas de D. Juan María) interpusieron demanda de menor cuantía contra D. Sebastián y D. José Miguel y, entre otras peticiones, interesaron lo siguiente: la declaración de la vigencia de la inscripción registral del inmueble a nombre de D. Juan María y D.^a Antonia, como bien ganancial del matrimonio de ambos; la nulidad del contrato suscrito entre D.^a Antonia y su sobrina D.^a Julia, y si el inmueble no hubiese sido objeto de venta por los demandados, la declaración de la nulidad de la inscripción motivada por el auto resolutorio del expediente de dominio y su sustitución por la de señalar a la actora como dueña de la mitad de la finca, y si el inmueble hubiera sido objeto de venta, la condena a los demandados a hacer entrega a los demandantes del 50% del valor de lo obtenido con la venta o permuta y, si no pudiera determinarse, a la cantidad líquida resultante del valor en venta del 50% del solar, con arreglo a los precios del mercado y en consideración a su posible volumen edificable. Igualmente solicitaron que se condenase a los demandados a abonar, por vía de indemnización, la mitad de los frutos obtenidos por el uso y disposición de la finca.
- Los demandados se personaron en autos y contestaron a la demanda solicitando su desestimación con expresa condena en costas.
- El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Huelva dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 1992, estimando parcialmente la demanda y declarando: «1) *La consideración como bien ganancial del matrimonio formado por D. Juan María y D.^a Antonia del inmueble y con ello la validez de la inscripción registral del referido bien como ganancial.* 2) *Que no ha lugar a declarar la nulidad del contrato privado celebrado entre D.^a Antonia y su sobrina D.^a Julia.* 3) *Que no ha lugar a declarar la nulidad del contrato de la inscripción motivada por el auto resolutorio del expediente de dominio y sustituirla por la de declarar a las actoras dueñas de la mitad de la finca.* 4) *Que debo condenar y condeno a los demandados D. Sebastián y D. José Miguel a que abonen a las actoras referidas las sumas que se especifican y en la forma que se establece en el fundamento jurídico octavo de esta resolución.* 5) *Que no ha lugar a condenar a los demandados a abonar a las actoras cantidad alguna en concepto de frutos obtenidos.»*

- Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia el 9 de noviembre de 1993, estimando parcialmente el recurso en el sentido de absolver a los demandados de hacer entrega a las actoras del 50% del valor de lo obtenido con la venta o permuta del inmueble.
- D.^ª Dolores y D.^ª Josefa interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos de carácter técnico suscitados en el recurso que fueron expresamente desestimados por el Tribunal Supremo al no haber sido invocados por los litigantes en los escritos principales o en la comparecencia ni tampoco al haber constituido fundamento de la sentencia, la cuestión básica se centra en la alegación de haberse producido un enriquecimiento injusto y sin causa. *El Tribunal Supremo desestima el motivo porque, amén de que no aparece constancia alguna en las actuaciones sobre la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio constituido por D. Juan María y D.^ª Antonia, el núcleo jurídico de la expresada teoría hace mención necesariamente al desplazamiento patrimonial de una parte a otra sin causa justificada, lo que no ocurre en el supuesto del debate, donde ha*

mediado una realidad contractual no declarada nula; la sentencia impugnada manifiesta que la del Juzgado no ha anulado ni las sucesivas transmisiones del inmueble, ni los asientos registrales en que el bien litigioso consta inscrito a favor de terceras personas, pronunciamientos contra los cuales no se ha alzado la parte demandante en el recurso de apelación; en definitiva, la causa deja de ser injusta y se convierte en suficiente cuando se ha producido un negocio jurídico dotado de legalidad, lo que, según lo explicado, ocurre aquí; por último, procede informar que los razonamientos expuestos, siguen la línea jurisprudencial mantenida, aparte de otras, por las sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 1992, 19 de mayo de 1993, 4 de noviembre de 1994 y 8 de junio de 1995.

2. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS PRIVATIVAS Y GANANCIALES

2.1. *Responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas generadas en el ejercicio profesional de los cónyuges.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 29 de abril de 1998.

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

Al ser de cargo de la sociedad de gananciales los gastos generados por el ejercicio de la profesión de transportista de uno de los cónyuges, los bienes gananciales responderán en su totalidad de la reclamación que se efectúa contra el esposo.

ANALISIS DEL CASO

- La entidad mercantil Transportes M. presentó demanda de menor cuantía contra los esposos D. Crescencio y D.^a Ramona en reclamación de 8.257.284 pts. basado en un reconocimiento de deuda firmado por el esposo dimanante de la adquisición de un vehículo mediante arrendamiento financiero.
- Los esposos se personaron en autos y contestaron a la demanda oponiéndose a ella y solicitando su desestimación con expresa condena en costas a la parte actora.
- El juzgado de Primera Instancia número uno de Durango dictó sentencia el 18 de enero de 1993, estimando íntegramente la demanda y condenando a los esposos a abonar a la actora la cantidad reclamada, con sus intereses legales desde la fecha de presentación en este juzgado de la solicitud de embargo preventivo de sus bienes así como al pago de las costas de este juicio.
- Apelada la sentencia, la sección quinta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 1993, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- Los esposos D. Crescencio y D.^a Ramona interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimados por el Tribunal Supremo los motivos alegados por los demandados referentes a la causa ilícita en el documento privado, invalidez del documento privado y enriquecimiento sin causa, la cuestión que nos interesa se centra en determinar si los bienes gananciales responden de la deuda que contrajo el esposo frente a la entidad mercantil.

El esposo recurrente sostiene que la condena que en la sentencia se hace no puede extenderse a su esposa y por otro lado, que la responsabilidad contraída por él no puede afectar ni alcanzar a los bienes gananciales. Sin embargo, el Tribunal Supremo, señala

que *“la impugnación no es de recibo casacional, ya que el artículo 1362-4.º atribuye a cargo a la sociedad de gananciales los gastos que se consignen por la explotación regular de los negocios o por el desempeño de profesión, arte u oficio de cada cónyuge, estableciendo el artículo 1365-2.º la responsabilidad ganancial directa, lo que justifica en este caso la afectación al pago de la deuda contraída por D. Crescencio, consecuente al ejercicio a su profesión de transportista, de los bienes gananciales y la llamada al pleito de la esposa, así como su consiguiente condena, que sólo se extiende a los bienes de tal condición y no a los propios de dicha recurrente”*.

2.2. Sociedad de gananciales. Embargo sobre un bien ganancial. Nulidad de la diligencia de notificación al cónyuge no deudor y nulidad de la adjudicación tras la subasta.

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 26 de mayo de 1998.

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

Procede declarar la nulidad de la notificación al cónyuge no deudor y de la posterior venta en pública subasta al no haberse observado en dicha notificación las prescripciones legales.

Habiéndose transmitido el bien ganancial a un tercero de buena fe que está amparado con la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria, procede condenar a la demandada a indemnizar al cónyuge no deudor en los daños y perjuicios causados.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el juzgado de 1.ª Instancia núm. 13 de Madrid se tramitaron autos de juicio ejecutivo a instancia de la entidad Acumuladores T. contra D. José que terminaron sacando a pública subasta los bienes embargados de carác-

ter ganancial que se adjudicaron a la parte actora, quien a su vez, mediante escritura notarial, la enajenó a D. Manuel, quien nuevamente volvió a disponer de ella y la transmitió en escritura pública a la entidad Sociedad I., causando inscripciones en el Registro de la Propiedad.

- D.^a Marina, esposa del demandado y del cual se encontraba separada, instó demanda de menor cuantía contra Acumuladores T., D. Manuel y la Sociedad I., pidiendo la nulidad de los actos de comunicación procesal del juicio ejecutivo y de las transmisiones efectuadas con posterioridad a la subasta y subsidiariamente la fijación de una indemnización por daños y perjuicios.
- El 20 de enero de 1983, el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 21 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 24 de junio de 1995 desestimando el recurso interpuesto.
- D.^a Marina presentó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Iniciado un procedimiento ejecutivo contra uno sólo de los cónyuges fue objeto de embargo una nave industrial propiedad de la sociedad de gananciales. En los casos de ejecuciones sumarias de bienes comunes, aparte de la exigencia del artículo 1373 del Código Civil de la notificación inmediata al cónyuge no deudor, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario permite demandar a este consorte, resultando preciso notificarle la existencia del proceso y el embargo y su ejecución, con lo que se cubre las exigencias requeridas para la anotación registral, generando su ausencia la privación de protagonismo procesal, con las consecuencias que corresponden de nulidad y derivadas (Sentencia de 2 de diciembre de 1994).

En el presente procedimiento y a fin de cumplir las formalidades del citado art. 144 del Reglamento Hipotecario, el juzgado practicó las siguientes diligencias de notificación:

— Santiago de Compostela a 15 de enero de 1983: Yo, Oficial de la Admón. de Justi-

cia, hago constar que no se ha podido practicar al demandado don José la notificación de la sentencia interesada en este exhorto (pronunciada el 6 de febrero de 1982), por cuanto el mismo ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero, hallándose separado de su esposa doña Marina, según referencias obtenidas, no pudiendo tampoco practicar a ésta la notificación interesada por no ser hallada en el día de la fecha.

— Santiago de Compostela a 20 de enero de 1983: Yo, Oficial, teniendo a mi presencia a doña Marina, esposa del demandado, don José, con entrega de la oportuna cédula, le hago saber la existencia del procedimiento del que dimana este exhorto y el embargo trabado, no firma por indisposición y a ruego lo hace el testigo presencial”.

Practicadas estas diligencias los autos siguieron su curso y tras celebrarse la oportuna subasta, la nave industrial se adjudicó a la entidad actora, quien con posterioridad dispuso de la misma en favor de un tercero, que a su vez transmitió a otro tercero.

La recurrente insta la nulidad de todo lo actuado desde las diligencias de notificación practicadas a tenor de lo establecido en el artículo 279 de la LEC: “Serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en esta sección”, sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial entiende que dicho defecto quedó subsanado porque la recurrente llegó a tener conocimiento del juicio ejecutivo y de la subasta con posterioridad a las notificaciones. Analicemos estas circunstancias.

1. Nulidad de las diligencias de notificación practicadas en el juicio ejecutivo al cónyuge no deudor.

Después de analizar las diligencias de notificación que se han transcrito anteriormente, el Tribunal Supremo señala “En trance de resolver la eficacia de dichos actos comunicativos, los mismos están afectados de graves y evidentes defectos formales y su consecuencia jurídica es la sanción de nulidad que imperativamente decreta el artículo 279 de la Ley Procesal Civil, pues tanto la primera notificación (de la sentencia ejecutiva), como la segunda (para hacer saber a la recurrente la existencia de embargo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en relación al 1373 del Código Civil), resultan plenamente ilegales y generaron indefensión, ya que no cumplieron con la exigencia de la normativa entonces vigente y de aplicación. Respecto a la primera, adolece de no cumplir con la expedición de cédula prevista en los artículos 266, 277 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación a la segunda no se identificó al testigo que se dice firmó la diligencia y era exigencia del entonces vigente artículo 263, (modificado por Ley de 30 de abril de 1992). Teniendo en cuenta la fecha en que se practicaron dichas notificaciones, no procede la aplicación del artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la plenitud de la fe pública del Secretario Judicial, que hace innecesaria la intervención adicional de

testigos, por ser dicha Ley posterior —1 de julio de 1985—, en lo que comete error la sentencia recurrida que lo tuvo en cuenta. En todo caso la identificación del testigo es prueba a cargo de la sociedad ejecutante y demandada en este pleito, la que consintió las irregularidades procesales, ya que no interesó que las notificaciones se practicasen en forma procesal correcta y se aprovechó de la situación instaurada en la procura de que el juicio ejecutivo continuara en rebeldía del demandado y sin la posibilidad de comparecencia en el mismo de la hoy recurrente, para acceder, sin oposición alguna, la subasta del inmueble trabado, que tuvo lugar el 7 de septiembre de 1987, y la adjudicación a su favor; facilitándose de esta manera las dos enajenaciones posteriores y sucesivas que tuvieron lugar a los otros dos demandados. La jurisprudencia de esta Sala ha decretado, y es aplicable a la cuestión que nos ocupa, que los actos judiciales de notificación se rigen por el principio de recepción y no por el de comunicación (Sentencia de 17 de mayo de 1993), y debe de quedar suficientemente acreditada la identidad del testigo que interviene en la diligencia (Sentencias de 29-11-1984 y 4-7-1996).

El cumplimiento de las formalidades exigidas en la práctica de las notificaciones judiciales, por ser materia de orden público, impone rigurosidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 36/69) y con carácter primordial que se practiquen personalmente al interesado ya que la notificación personalísima es la que genera la mayor seguridad (Sentencia del Tribunal Constitucional 326/93). Cuando se acude a un tercero se ha de procurar extremar el cumplimiento de los requisitos que la Ley fija a fin de obtener eficaz traslado y recibo (Sentencias del Tribunal Constitucional 51/94 y de 10 de noviembre de 1997).

Las notificaciones intensamente irregulares y defectuosas generaron indefensión y vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (Sentencias de 8-6 y 11-6-1994). La indefensión de la recurrente se patentiza, toda vez que se

la privó no solo de conocer la sentencia dictada en el ejecutivo, sino también de la posibilidad de personarse en dicho pleito y plantear apelación, así como, respecto a la traba del bien ganancial, de poder acudir a la subasta del mismo y obtener su liberalización y de realizar las actuaciones previstas en el artículo 1373 del Código Civil.

2. Análisis del hecho de si tuvo o no el cónyuge no deudor conocimiento posterior del procedimiento y de la subasta.

Declarada la nulidad de las diligencias de notificación y de traslado de la demanda a los efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario queda por analizar si resulta de aplicación al caso lo establecido en el párrafo segundo del art. 279 de la Lec que tiende a subsanar la diligencias nulas “cuando la persona notificada, citada o emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio” en cuyo caso y desde que tuvo dicho conocimiento la diligencia surtirá todos sus efectos.

La Audiencia Provincial aplicó dicho precepto y declaró que la recurrente llegó a tener conocimiento del juicio ejecutivo y de la subasta celebrada, con posterioridad a las notificaciones irregulares analizadas, toda vez que en procedimientos del artículo 131 de la Ley hipotecaria, seguidos en los Juzgados de Santiago de Compostela contra su esposo, respecto a las fincas registrales números 22883 y 22175, compareció e intervino en las respectivas subastas, adjudicándose los bienes trabados para cederlos a terceros. La sentencia recurrida consideró bastante la convergencia de estas circunstancias, como dato fáctico probado, al declarar que la que recurre se enteró de dicho juicio ejecutivo 1601/81, “por haber comparecido e intervenido en otros (con referencia a los procesos hipotecarios que se dejan dichos), donde llegó a solicitar por dos veces la cancelación de embargos de dichos procedimientos”, con lo que, partiendo de las dos circunstan-

cias reseñadas, —participación en las subastas de los procedimientos del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y solicitud de cancelación de los bienes adjudicados—, alcanzó la conclusión de que se produjo pleno conocimiento de la existencia y estado del juicio sumario ejecutivo, con anterioridad a la época en que se celebró la subasta de la nave controvertida.

En relación a esta cuestión señala el Tribunal Supremo que “*esto no resulta suficiente para que proceda la aplicación sanadora que contiene el artículo 279 de la Ley Procesal Civil, al establecer una presunción que exige sea fundada debidamente, ya que las cancelaciones de embargo que se llevaron a cabo lo fueron respecto a las fincas números 22883 y 22175 y no de la 4223, que subsiste, —referente a la nave industrial, al haber sido embargada y subastada en el juicio ejecutivo—. Resulta decisivo no haberse cumplido las exigencias del artículo 144 del Reglamento Hipotecario para salvaguardar los derechos de la mujer respecto a su participación dominical en la nave, pues el juicio ejecutivo se tramitó a sus espaldas y así lo viene exigiendo la doctrina jurisprudencial respecto a la viabilidad del embargo de bienes del común ganancial (Sentencia de 16 de noviembre de 1990, que cita las de 26-9-1986, 20-3-1989 y Resoluciones de la Dirección de los Registros de 11, 20 y 21-2-1984 y 28-3-1989).*

La intervención y actividad de la recurrente en las subastas de los procesos hipotecarios lo fue respecto a las fincas que se subastaron y obtuvo su adjudicación y no con relación a la finca litigiosa (registral 4223), que quedó al margen y en cuyo supuesto, de haber concurrido, es cuando con mayor rigor lógico, apoyado en pruebas más directas y contundentes, cabía admitir que pudo haber obtenido conocimiento cabal de la traba de la nave en el juicio ejecutivo seguido en el Juzgado trece de Madrid. La demandante fue diligente para liberar los bienes comunes en los procesos que conoció y resulta de presunción media suponer que

también observara dicha conducta en el juicio ejecutivo al tratarse de tiempos muy próximos.

El enjuiciamiento de la contienda y atendiendo a los hechos que se presentan probados, lleva a la decisión de que la recurrente no tuvo conocimiento suficiente y necesario del contenido de las notificaciones afectadas de nulidad radical, pues si, por una parte y teóricamente, pudiera reputarse conocimiento tardío, el mismo impidió la adecuada defensa de sus intereses, en cuanto a la posibilidad de recurrir la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo 1601/81, con lo que también se generó indefensión (Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1991 y 3 de mayo de 1993), ya que el conocimiento extraprocésal hay que referirlo a que se produzca en tiempo hábil para el ejercicio de los derechos de defensa (Sentencias del Tribunal Constitucional 78/93 y 100/94).

El referido artículo procesal 279 despliega su eficacia cuando se da por enterada en el juicio la persona notificada (SS. de 10-6-1964 y 24-11-1968) y para la incidencia de los conocimientos extraprocésales, estos han de ser plenos y cabales, con total adquisición intelectual de lo que se debió de hacerse saber cumpliendo las formalidades legales, al resultar decisivo la eficacia de la recepción y con ello hay que rechazar las posibilidades y especulaciones de que se hubiera podido conocer aquello que no fue transmitido en todo su contenido eficaz.»

Declarada pues la nulidad de las diligencias de notificación efectuadas al cónyuge no deudor, procedería a su vez la nulidad de la adjudicación que tuvo lugar tras la subasta y de las transmisiones que con posterioridad se efectuaron, sin embargo, surge un obstáculo, y es la presencia de terceros y la protección que otorga el art. 34 de la Ley Hipotecaria: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que se haya inscrito su dere-

cho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». El Tribunal Supremo analizando cómo se produjeron los acontecimientos señala: “la demandada Acumuladores T., fue la adjudicataria de la nave industrial trabada en el ejecutivo 1601/81, al ser la única licitadora y accedió a la propiedad del inmueble por escritura autorizada el 11 de abril de 1988, otorgada, por rebeldía de los demandados, por el Magistrado-Juez número trece de Madrid y en esa misma fecha, también a medio de escritura notarial, la enajenó a don Manuel, quien, a su vez, la vendió por escritura de 20 de abril de 1988 a la Sociedad I., causando inscripciones en el Registro de la Propiedad, por lo que alcanza a estos compradores, que fueron demandados en el pleito, la protección que otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al tratarse de terceros adquirentes en base a la legitimación dispositiva de quien resultaba titular registral y que hace válidas las adquisiciones onerosas llevadas a cabo, al estar bajo el amparo del principio de la buena fe registral, ya que la nulidad que se admite y se decreta, es de las diligencias de notificación y de la venta en pública subasta que contiene la primera escritura de 11 de abril de 1988, con lo que se mantiene los derechos de los terceros hipotecarios, cuyas adquisiciones no han quedado alteradas por las actuaciones precedentes invalidadas (Sentencia de 16 de mayo de 1994, que cita las de 17-10-1989 y 22-4-1994), ya que no se demostró a lo largo del procedimiento que no hubiesen actuado de buena fe”.

Al no decretarse la nulidad de las transmisiones efectuadas por la adjudicataria en la subasta en favor de terceros, no queda otra opción para la restauración del perjuicio económico que se causó a la recurrente que la indemnización de daños y perjuicios que solicitó con carácter subsidiario la misma en el apartado f) del suplico de la demanda, se-

ñalando a tal efecto el Tribunal Supremo que “al no decretarse la nulidad de las ventas referidas, determina la procedencia solicitada de los daños y perjuicios ocasionados, y hace viable esta solución, a fijar en ejecución de sentencia, la que representa un cumplimiento por equivalencia que autoriza la doctrina reiterada de esta Sala (SS. de

12-6-1991, 27-5 y 28-11-1994, 4-12-1995 y 16-12-1997), y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fijándose como base de la referida indemnización a practicar, conforme al artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y debe de tenerse en cuenta, que al inmueble controvertido le asiste condición de ganancial”.

2.3. Embargo de bienes gananciales. Facultad del art. 1.373 del CC.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 20 de mayo de 1998.

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

La facultad que concede el art. 1373 del CC al cónyuge no deudor solo puede ejercitarse en trámites de ejecución de bienes gananciales, puesto que si ya se han adjudicado a un tercero, la única posibilidad es que en la liquidación se contabilice que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta el valor de los bienes gananciales que se ejecutaron.

ANALISIS DEL CASO

- D.^a Francisca interpuso demanda de tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra su esposo D. Antonio, solicitando que se dictase sentencia declarando que la mitad de los bienes embargados pertenecen a la actora, como cuota parte de su sociedad de gananciales, procediéndose en consecuencia a la disolución de esta sociedad conyugal, todo ello en virtud de la opción que establece el artículo 1373 del Código Civil, y a levantar el embargo trabado sobre los bienes gananciales.
- La Tesorería General de la Seguridad Social presentó escrito de personación y contestación a la demanda en el que se opuso a los hechos, solicitando se dictase sentencia desestimando la demanda. El otro codemandado, esposo de la actora, fue declarado en rebeldía.
- D. Pedro Luis y doña Dolores interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el matrimonio formado por don Antonio y doña Francisca (demandado y actor en la tercería de dominio) ejercitando la acción reivindicatoria respecto de un inmueble que fue adjudicado a los actores tras la correspondiente subasta judicial.

- D.^a Francisca contestó a la demanda anterior oponiéndose a la misma y planteando reconvención en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la escritura de adjudicación otorgada en favor de don Pedro Luis y doña Dolores.
- D. Pedro Luis y doña Dolores presentaron escrito solicitando la acumulación del procedimiento en el que se ejercitaba la acción reivindicatoria y el de tercería de dominio. Por Auto de 24 noviembre 1992, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba se estimó procedente la acumulación de autos solicitada.
- El juzgado de Primera Instancia número Dos de Córdoba dictó sentencia con fecha de 31 de julio de 1993 desestimando la tercería de dominio y estimando la acción reivindicatoria, declarando el dominio del inmueble a favor de D. Pedro Luis y D.^a Dolores.
- Interpuesto recurso de apelación por D.^a Francisca, la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia con fecha 31 de enero de 1994 desestimando el recurso.
- D.^a Francisca interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de desestimar la acción reivindicatoria al no haber la acumulación acordada, aunque manteniendo la desestimación de la tercería de dominio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos de carácter técnico alegados por la recurrente (falta de motivación de la sentencia, inclusión de hechos probados en los fundamentos jurídicos, etc.) que fueron desestimados por el Tribunal Supremo, la cuestión que nos interesa está relacionada con el art. 1373 del Código Civil: *“Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge, y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene re-*

cibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal”.

La recurrente sostiene que se ha infringido el citado precepto en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no hay infracción alguna puesto que *“Esta norma está prevista para su aplicación en el trámite de ejecución de bienes gananciales por razón de una deuda que no sea a cargo de la sociedad de gananciales: si se ejecutan aquéllos, al cónyuge deudor se le reputará que ha recibido a cuenta el valor de los bienes gananciales ejecutados lo cual se tendrá en cuenta en el momento de la liquidación de la comunidad ganancial; si no se han ejecutado, puede instar la aplicación de dicha*

norma y, disolviendo anticipadamente la comunidad ganancial y constituyendo el régimen de separación de bienes, concretar el embargo en aquellos bienes que se le adjudiquen al cónyuge deudor. Lo que no cabe es pretender aplicar esta norma en un momento posterior a la adjudicación del bien embargado, en vía de apremio, a un tercero, que es el supuesto aquí planteado en una tercería de dominio”.

Por lo que respecta a la acumulación de ambos procedimientos acordada por el Juzgado, el Tribunal Supremo señala que “Sobre la tercería de dominio son numerosas las sentencias de esta Sala que perfilan su concepto y naturaleza jurídica (así, como una de las más recientes que recogen la doctrina jurisprudencial, la de 11 de marzo de 1998 y su objeto lo señala exactamente el artículo 1532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que

es el dominio de los bienes embargados (aparte de la de mejor derecho) y se plantea como incidente del proceso ejecutivo (o declarativo) en el que se ha trabado el embargo; su «petitum» es, exclusivamente, la declaración del derecho de propiedad del tercerista y el alzamiento del embargo. Lo que lleva consigo que no cabe la acumulación de una acción reivindicatoria que ejercitan personas que no son parte en la tercería contra la demandante de ésta y el codemandado. Por tanto, la acumulación de la acción reivindicatoria a una tercería es improcedente, va contra el artículo 1532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa de la tercería que no permite al órgano jurisdiccional competente para la tercería, que conozca de una acción independiente e incorrectamente acumulada, quebrantando normas procesales, de orden público.”

3. CAUSAS DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. *Disolución por cese de convivencia y por incumplimiento grave y reiterado del deber de información.*

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

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

La mera separación de hecho, prolongada durante más de un año, por sí sola, es causa determinante de la disolución de la sociedad de gananciales. Merece la calificación de grave y reiterada la absoluta falta de información de un cónyuge a otro mantenida durante tres años.

ANALISIS DEL CASO

- D.^a Rosario y D. Federico se encontraban separados de hecho desde diciembre de 1988.

- En el mes de diciembre de 1991 D.^a Rosario formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra su esposo D. Federico, sobre disolución de la sociedad de gananciales, solicitando que se dicte sentencia por la que se decrete la disolución de la sociedad de gananciales exigiendo el inventario verdadero al esposo, declarándolo deudor de lo defraudado y anulando todo acto cometido en fraude de la sociedad de gananciales.
- F. Federico se personó en los autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.
- Con fecha 11 de marzo de 1993, el Juzgado de 1.^a Instancia número uno de Getxo., dictó sentencia desestimando la demanda, al entender que no era procedente la disolución judicial de la sociedad legal de gananciales.
- Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia el 20 de enero de 1994 estimando el recurso declarando disuelta la sociedad de gananciales, debiendo procederse a su liquidación siguiendo los trámites que al efecto señala la ley.
- D. Federico interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose declarado disuelta la sociedad de gananciales por aplicación de lo dispuesto en el art. 1393 del Código Civil, el recurrente sostiene que no se dan ninguno de los motivos señalados en el mismo. Teniendo en cuenta que se cuestionan las causas enumeradas en los apartados tercero y cuarto del citado precepto parece oportuno hacer un análisis separado de cada uno de ellos.

1. **Disolución de la sociedad de gananciales por llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.**

El recurrente entiende que la sentencia recurrida ha considerado como causa determinante de la disolución de la sociedad de gananciales el cese de la convivencia conyugal entre los esposos litigantes y ello no es, dice el recurrente, ninguna de las causas que ta-

xativamente establece el art. 1393 del Código Civil para que se pueda decretar la disolución de la sociedad legal de gananciales. Sin embargo señala el Tribunal Supremo que *“probado que los cónyuges litigantes se encuentran separados de hecho desde diciembre de 1988 y que la demanda iniciadora del proceso al que se refiere este recurso fue formulada en diciembre de 1991, esa mera separación por tiempo superior a un año es por sí sola, determinante de la disolución de la sociedad de gananciales, conforme al núm. 3.º del citado artículo del Código Civil, cuya causa de disolución, aunque inexplicablemente no aducida de forma expresa por la demandante, puede ser apreciada directamente por el órgano judicial, conforme al principio «iura novit curia», con base en los mismos hechos que integran el relato histórico de la demanda, al no integrar ello alteración alguna de la causa petendi”*.

2. Disolución de la sociedad de gananciales por incumplir frave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

La sentencia de la Audiencia Provincial señalaba al respecto que *«Este tribunal comparte con la defensa de la parte apelante, cuál es la naturaleza del párr. 4.º del art. 1393 del Código Civil, es decir, que no consideramos necesario que por la hoy apelante se efectúen requerimientos o se realicen actos tendentes a solicitar a su cónyuge que le rinda cuentas, estado y situación de los actos y disposición de los bienes que componen la sociedad de gananciales, y ello porque el deber de informar nace por imperativo legal y debe ser cumplido por ambos cónyuges por lo tanto, su aplicación será «ope legis». Así las cosas y en relación a la naturaleza del mencionado deber, ante la situación de separación ya existente al tiempo de presentación de la demanda e incluso con anterioridad desde aproximadamente las Navidades del año 1988, lógico deviene entiendo este Tribunal, que se acceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que la misma sólo tiene su razón de ser cuando existe una convivencia y afectividad entre ambos cónyuges, puesto que, la propia situación de separación ya trae consigo que ambos cónyuges, incumplan sus propios deberes tanto en relación a su convivencia, al no existir, como en relación a los bienes que conforman una sociedad inexistente, al realizar cada uno, actos propios e independientes del otro, al no existir entre ellos lazos o relaciones en común, por así haberlo interesado ellos mismos; en relación con la cesación de la vida en común, es lógico, que el hoy apelado declare que no informa porque no convive y es, precisamente,*

tal motivo de inexistencia de convivencia la que permite entender a este Tribunal que el deber legal que incumbe a ambos cónyuges de informar de los rendimientos de la sociedad de gananciales se incumpla y que por lo tanto existiendo tal infracción del art. 1393.4 la sociedad de gananciales debe ser liquidada conforme a los trámites señalados en los arts. 1394 y ss. del CC. Al haberse admitido por este motivo, la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales se hace innecesario examinar si concurre o no el supuesto del párrafo segundo, también alegado por la parte apelante»

El recurrente sostiene que no aparece probado que su incumplimiento del deber de informar a su esposa sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas haya sido «grave y reiterado», como exige el citado precepto. Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge el motivo, puesto que si, desde que cesó la convivencia conyugal (diciembre de 1988), el esposo demandado, y aquí recurrente, dejó en absoluto de informar a su esposa acerca del desarrollo de los negocios comunes, como él mismo tiene reconocido, dicha absoluta falta de información, persistentemente mantenida durante tres años (en 1991 se formuló la demanda), no puede merecer otra calificación que la de grave y reiterada, aparte de que, como se ha dicho en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución y aquí nos vemos forzados a repetir, la mera separación de hecho, prolongada durante más de un año, por sí sola, es causa determinante de la disolución de la sociedad de gananciales (núm. 3.º del art. 1393 del Código Civil) y, en el presente supuesto litigioso, como también ya se ha dicho, al formalizarse la demanda, la separación de hecho entre los cónyuges litigantes ya tenía una duración de tres años.

4. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

4.1. *Calificación de bienes tras la separación de hecho.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 14 de marzo de 1998.

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

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales los bienes adquiridos por los cónyuges tras la separación de hecho.

ANALISIS DEL CASO

- D. Enrique y D.^a Emilia contrajeron matrimonio el 24 de mayo de 1967, separándose de hecho al poco tiempo y trasladándose cada uno de ellos a residir al domicilio de sus correspondientes padres.
- Con fecha 9 de febrero de 1989 se dictó sentencia de divorcio, iniciándose los trámites de liquidación de la sociedad conyugal. Los cónyuges, mientras estuvieron casados, carecieron de hogar independiente y nunca trabajaron explotación o negocio común, habiéndose dedicado cada uno a trabajar los bienes y el ganado de sus respectivos padres, sin realizar ningún tipo de actividad laboral al margen de la expresada.
- El esposo formuló contra su esposa demanda de menor cuantía solicitando que se excluyesen del inventario una serie de bienes, a lo que se opuso la demandada por entender que dichos bienes eran gananciales.
- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Betanzos, dictó sentencia en fecha 31 de julio de 1992, estimando la demanda.
- Interpuesto recurso de apelación por la esposa, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 1993 confirmando la sentencia de instancia.
- La esposa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La esposa pretende que, después de haber estado separados de hecho durante bastante tipo, en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, se incluyan una serie de bienes adquiridos por el esposo con posterioridad a dicha separación. Para ello, entiende que si el art. 1361 del Código establece que “Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer”, recaerá sobre el esposo —según el art. 1.250 del CC— la carga de la prueba de que los bienes que pretenden excluir del inventario tienen carácter privativo. Sin embargo, señala el Tribunal Supremo que *“la presunción de ganancialidad a la que se refiere hoy en día el art. 1361 del Código, requiere la prueba de la existencia en el matrimonio de los bienes pretendidamente gananciales, siendo así que la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, establece que “en modo alguno, la demandada recurrente justificó lo contrario, es decir, la existencia real de bienes a los que poder atribuir el carácter de ganancialidad pretendido”, declaración que no resulta desvirtuada en el recurso y que ha de ser aceptada por esta Sala. Tal inexistencia de bienes en el matrimonio impide la aplicación de la presunción de ganancialidad a la que se refiere el motivo”*.

Los otros motivos alegados por la esposa para desvirtuar la sentencia recurrida son la infracción del art. 7 del CC —los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe— y entender que no son de aplicación al caso las sentencias de 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988. En dichas sentencias el Tribunal Supremo ha establecido la siguiente doctrina:

— La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo como propone la recu-

rrente significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (STS de 13 de junio de 1986).

— Rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer..., no puede ahora reclamar sus derechos pasados más de treinta años en que se mantuvo esa situación, para obtener más bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso de derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio conviviente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del art. 7, ap. 2, del Código Civil (STS de 17 de junio de 1988 que concuerda con la STS de 26 de noviembre de 1987).

Pues bien, señala el Tribunal Supremo que *«esta doctrina jurisprudencial es de plena aplicación al caso en que, no es que se rompiera una convivencia matrimonial establecida, sino que esa convivencia no llegó a instaurarse entre los cónyuges no obstante el nacimiento de una hija fruto de esporádicos encuentros entre ellos y sin que haya existido una colaboración entre los litigantes a la formación de un patrimonio común al que pueda calificarse de ganancial, aparte de que, como se señaló en el anterior fundamento de esta resolución y ello es fundamental, la sentencia recurrida entiende que no se ha probado la existencia real de bienes a los que poder atribuir el carácter de ganancialidad, por lo que, aunque no resultara aplicable al caso la doctrina jurisprudencial expuesta, el recurso no podría prosperar al mantenerse incólume esa declaración fáctica de la sentencia “a quo”»*.

4.2. *Liquidación de gananciales. Competencia de los juzgados de familia para conocer de la acción para declarar fraudulenta la venta de bienes gananciales.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a Sentencia de 23 de marzo de 1998.

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

Los juzgados de Familia son competentes para conocer de la acción para declarar fraudulenta la venta de bienes gananciales efectuada por uno de los cónyuges y no existe ningún obstáculo para que esta acción pueda acumularse al procedimiento de liquidación. Procede incluir en el activo de la sociedad el importe actualizado de los bienes enajenados por uno de los cónyuges después de la separación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Carlos instó contra D.^a María Josefa demanda de juicio de menor cuantía sobre liquidación de gananciales.
- D.^a María Josefa contestó a la demanda y formuló reconvenición, solicitando que se declarase previamente fraudulentas las ventas de bienes gananciales realizadas por el actor en virtud de los poderes que en su día le otorgó la misma.
- El juzgado de 1.^a Instancia núm. 23 de Madrid dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 1993, señalando los bienes que debían incluirse en el activo de la sociedad y declarando la incompetencia del juzgado para declarar fraudulentas o no las ventas realizadas por el actor entre los años 1965 y 1979.
- La Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 1994, estimando parcialmente el recurso y declarando que fueron enajenados o transmitidos en fraude de los derechos de la esposa por D. Carlos una serie de bienes y como consecuencia de ello, que en el activo de la sociedad debe incluirse el importe actualizado del valor que tenían estos bienes. Igualmente declaró que en el pasivo se incluirá el importe actualizado del valor de la finca rústica núm. P del Registro de la Propiedad de Leganés, que fue privativa de D.^a María Josefa.
- D. Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos cuestiones de orden procesal se suscitan en el presente recurso y están relacionadas con la competencia objetiva de los juzgados de familia para la declaración fraudulenta de la venta de bienes gananciales y con la acumulación de acciones en el procedimiento de liquidación. Resueltas las mismas en sentido afirmativo, sólo queda analizar la existencia o no de fraude en la compra-venta de los bienes.

1. Competencia objetiva de los juzgados de Familia para conocer de la petición de que se declare fraudulenta la venta de bienes gananciales efectuada por uno de los cónyuges.

Sostiene el recurrente que el Juzgado de familia es incompetente para conocer de la petición que efectúa la demandada por vía reconvenicional, tal y como se acordó por el juzgado de 1.^ª Instancia. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que *“la incompetencia objetiva que se denuncia carece de fundamento pues como enseña la sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1996 “los Juzgados de Familia creados por Decreto 3 de julio de 1981, anticipándose a la Ley de 7 de julio de dicho año, tienen atribuida una competencia jurisdiccional perfectamente concretada, en cuanto se refiere a los supuestos de los Títulos IV (artículos 42 a 197) y VIII (artículos 154 a 180) del Libro primero del Código civil y aquellas otras cuestiones que en materia de derecho de familia le sean otorgadas por las leyes. Con toda razón la sentencia de segunda instancia, (que revoca la de primera instancia) establece que no comparte la tesis por la que se declara la incompetencia del Juzgado de Familia por razón de la materia para conocer sobre el carácter y declaración de fraudulencia de las enajenaciones realizadas por el esposo de determinados bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio, y que encuentra su asiento, según la expresada resolución, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de*

marzo de 1993, en cuanto la misma se refiere a supuestos fáctico-jurídicos distintos de los contemplados en la presente contienda, al declarar la incompetencia del Juzgado de Familia, en un procedimiento concerniente a custodia y alimentos respecto de una hija extramatrimonial, para conocer y resolver sobre una indemnización a favor de la mujer por convivencia “more uxorio”, proclamando dicho Tribunal, en los fundamentos jurídicos de dicha sentencia que los Juzgados de Familia tienen una competencia perfectamente delimitada. Su potestad jurisdiccional, que es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionen, abarca las actuaciones previstas en los títulos IV y VII del Libro Primero del Código civil y aquellas otras cuestiones que en materia de derecho de familia le sean atribuidas por las Leyes. Por tanto la exclusividad es de proyección negativa en cuanto no puede comprender otras cuestiones que las explicitadas (artículos 53 y 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 85 y 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)”. Es evidente que la doctrina sentada no permite excluir cuestiones que, cual la debatida en esta litis, afectan a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, pues ya el mismo artículo 91 del Código civil, establece, con meridiana claridad que el Juez, en la propia sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial, o en ejecución de la misma, adoptará, entre otras, las medidas afectantes a la liquidación del régimen económico, lo que sitúa toda la problemática sustantivo-procesal afectante a la misma dentro de la órbita competencial del Juzgado de Familia”.

2. Acumulación en el procedimiento de liquidación de gananciales de la acción para pedir la declaración fraudulenta de las ventas efectuadas por uno de los cónyuges.

La otra cuestión que plantea el recurrente, es la relativa a si en la presente litis liquida-

toria del patrimonio común pueden hacerse declaraciones sobre ilegalidad o fraudulentencia de actos de disposición realizados por uno de los cónyuges a los efectos de incluir el importe actualizado del valor de los bienes enajenados en el activo comunitario, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1397-2.º del Código civil, o si, por el contrario, se hace preciso para tal inclusión que tales declaraciones hayan sido realizadas en pleito anterior. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que *“la solución ha de ser favorable a la extensión a cualquier pronunciamiento previo e imprescindible para llegar a un justo y equitativo reparto del acervo común, y ello en cuanto dicho procedimiento liquidatorio reúne las características de un juicio universal, como lo evidencia el artículo 1402 del Código civil, al permitir en el mismo la intervención de los acreedores, por lo que, en principio, su contenido no tiene límites, lo que se refuerza, a los efectos hoy debatidos, por el artículo 1390 del antedicho texto legal al disponer que “si como consecuencia de un acto de administración o disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiera éste obtenido un beneficio exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia de tal acto”*. Por ello la aplicación sistemática de los indicados artículos 1390 y 1397 permite indudablemente traer a la masa ganancial el importe actualizado del valor de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento que no hubieran sido recuperados, tanto en el caso en que el negocio hubiera sido anteriormente impugnado como en el contrario, lo que exigirá, en este últi-

mo, que en el juicio liquidatorio, que en tal aspecto no tiene límite, se entre previamente en la resolución de la ilegalidad o fraudulentencia, como base imprescindible para las ulteriores operaciones particionales.

3. **Venta fraudulenta de bienes gananciales.**

Habiéndose calificado de fraudulentas por la Audiencia Provincial las disposiciones de bienes gananciales que efectuó el actor y por consiguiente la inclusión en el activo de la sociedad del importe actualizado del valor que tenían los bienes, el recurrente pretende en casación que se valore nuevamente la prueba aportada, señalando al respecto el Tribunal Supremo que *“Resultan inapropiadas las vulneraciones jurídico materiales que se invocan que, prácticamente, suponen un reexamen de la sentencia impugnada con afirmaciones relativas a la valoración de la prueba o introduciendo elementos que hacen claro supuesto de la cuestión. La Sala de instancia distingue perfectamente entre los actos de disposición que, debidamente consentidos, fueron realizados durante el mantenimiento de la convivencia conyugal de los litigantes, prolongada hasta el año 1971, y los que fueron concertados tras la ruptura fáctica de la misma por lo que presume, con acierto, en cuanto a los primeros que su importe fue invertido en las atenciones o cargas de la familia. Y, con apoyo, en tal distinción, analiza todos los conceptos de la contienda por grupo de bienes con examen pormenorizado de las pruebas practicadas y su valoración respectiva que no pueden ser combatidas en esta sede”*.

4.3. *Obras realizadas en inmueble ganancial después de estar disuelta la sociedad.*

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

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

Los gastos generados por la realización de obras en un inmueble ganancial después de estar disuelta la sociedad no pueden imputarse a la sociedad de gananciales ya disuelta, y por tanto, el cónyuge que haya costeado las obras deberá ejercitar frente al otro comunero los derechos de que se crea asistido conforme a los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

ANALISIS DEL CASO

- D. Saturnino formuló demanda de menor cuantía sobre liquidación de sociedad de gananciales contra D.^ª M., en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *«se acuerde la liquidación y adjudicación de los bienes que integran la sociedad de gananciales de mi representado y de D.^ª M., librando entretanto mandamiento duplicado al señor Registrador de la Propiedad para que se modifiquen las inscripciones registrales de los pisos descritos, en cuya titularidad deberán figurar D. S. y D.^ª M., como dueños proindiviso y con atribución de cuotas del cincuenta por ciento a cada uno de ellos».*
- La esposa se personó en los autos solicitando al juzgado *«Que tenga por contestada la demanda, en el sentido de que esta parte no se opone a la liquidación de la sociedad de gananciales y, tras los trámites pertinentes, dicte en su día sentencia por la que se declare liquidada dicha sociedad de gananciales y la parte que corresponde a cada uno, con expresa condena en costas al demandante por su mala fe».*
- El Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 22 de Madrid dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 1995, declarando haber lugar a la liquidación de la sociedad de gananciales, determinando los bienes que debían integrar el activo (dos inmuebles), declarando que no existía ninguna partida en el pasivo, debiéndose efectuar el avalúo de los bienes, determinación y división del haber partible, y adjudicación de lotes en ejecución de sentencia.

- Interpuesto recurso de apelación, la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 9 de julio de 1996, desestimando el recurso de apelación.
- D.^a M. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres cuestiones suscita la recurrente en relación con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, una en relación con la exclusión del inventario de la sociedad de un inmueble, al entender que el mismo pertenece a una hermana suya que fue la que aportó todo el dinero para la compra; en segundo lugar, la inclusión en el activo de la cantidad que percibió el esposo en concepto de indemnización por jubilación anticipada y en tercer lugar la inclusión en el pasivo de las mejoras realizadas en el inmueble que constituyó la vivienda familiar y que fueron pagadas por ella.

Lamentablemente, el Tribunal Supremo no entró en el fondo de las dos primeras cuestiones, al ser calificadas como hechos nuevos no planteados en forma en la fase de alegaciones. En cuanto a la exclusión del inmueble, señala nuestro más alto tribunal que *“examinadas por esta Sala las actas documentadoras de las comparecencias celebradas en 26 de enero y 16 de febrero de 1995, en ninguna de ellas consta que por la demandada se formulase petición alguna en tal sentido, petición que en todo caso habría requerido su articulación en la pertinente demanda reconventional inexistente en el caso; tampoco consta tal alegación en el acta de la vista del recurso de apelación ni la sentencia recurrida se refiere a ella, ni para estimarla ni desestimarla. Se trata, por tanto, de una cuestión nueva, no planteada en los escritos rectores del proceso y no susceptibles de ser examinada en este extraordinario recurso de casación; por ello, procede rechazar el motivo”*.

En relación con la segunda cuestión, estos es, la inclusión en el activo de la cantidad percibida por D. S. en concepto de jubilación anticipada, señala el Tribunal Supremo que *“si bien en el escrito de contestación a la demanda formulado por la aquí recurrente se alega que debe incluirse en el activo de la sociedad de gananciales la cantidad que percibió el esposo en concepto de indemnización por su jubilación anticipada, ello no tuvo su reflejo en el «petitum» del escrito ya que la demandada no formuló reconvencción ni se dio a esa alegación tramitación de tal como hubiera procedido de estimarse existía una reconvencción implícita, de ahí que, como estableció la sentencia de primera instancia se trataba de una pretensión nueva no hecha valer en forma procesalmente correcta y ello debió de tenerlo en cuenta la Sala de instancia y abstenerse de entrar a conocer de esa cuestión. Alegado en el escrito de impugnación del recurso este carácter de cuestión nueva de la resuelta por la sentencia recurrida con fundamento en lo razonado en el quinto fundamento de derecho, ha de acogerse tal alegación reiterando lo dicho en el anterior fundamento de esta resolución lo que obliga al rechazo del motivo sin perjuicio del derecho de la recurrente a hacer valer su pretensión por el cauce procesal adecuado”*.

La última cuestión alegada por la recurrente, se refiere, como dijimos a que la misma entiende que el importe de las mejoras realizadas en el piso que constituyó la vivienda familiar, pagadas por ella, deben computarse en el pasivo de la sociedad de

gananciales. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que “reconocido por la demanda que tales obras fueron realizadas después de la separación matrimonial, es claro que tales gastos no pueden imputarse a la sociedad de gananciales ya disuelta al momento de tales obras por lo que no puede decirse, como requiere el artículo 1398.2.º, que las mismas se hicieran en interés de la sociedad. Disuelta la sociedad de gananciales en virtud de la sentencia de separación recaída entre las partes (arts. 95 y 1392.3.º del Código Civil), los bienes integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, en tanto se practica la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la co-

munidad de bienes (arts. 392 y siguientes del Código Civil) y a sus preceptos rectores habría que acudir la recurrente para ejercitar frente al comunero los derechos de que se crea asistida, acciones que en el presente caso no han sido actuadas; aunque esta Sala estima inaplicables los preceptos relativos a la sociedad de gananciales en relación con esas cantidades que se reclaman en concepto de cargas de la sociedad, no puede estimarse el motivo por la razón dicha de no constituir esos desembolsos cargas de la sociedad de gananciales, inexistente o disuelta, se repite, al tiempo de realizarse las obras”.

IV. PATRIA POTESTAD.

1. *Privación de la patria potestad que luego es dejada sin efecto.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 23 de marzo de 1998.

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

No ha existido error judicial alguno que dé derecho a una indemnización a cargo del Estado en las resoluciones dictadas por el Tribunal Tutelar de Menores y por un juzgado de familia en las que se atribuía la guarda y custodia de la menor a una abuela y establecía un régimen de visitas restrictivo a favor del padre.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 8 de octubre de 1985, la abuela de la menor Yaiza presentó ante el Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona denuncia alegando la indignidad total de sus padres para ejercer su custodia, y solicitando su tutela. Tramitado dicho expediente se dictó resolución de fecha 23 de marzo de 1987 por la que se suspendía en los derechos de guarda y educación a los padres de la

menor, y confiaba a ésta a su abuela. Dicha resolución, según manifestaciones del padre de la menor, nunca le fue notificada.

- El 16 de enero de 1991, la Dirección General de atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña se subrogó en el ejercicio de las funciones en su día asumidas por el Tribunal Tutelar de Menores respecto de la menor, manteniendo el acogimiento provisional de la niña por su abuela. Dicha resolución fue notificada al padre de la menor quien se opuso a la misma, tramitándose dicha oposición por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 19 de Barcelona, quien con fecha 21 de enero de 1992, dictó resolución declarando ajustada a derecho la resolución administrativa.
- Paralelamente a las acciones iniciadas por la abuela de la menor, por el actor se había presentado demanda en el Juzgado de Familia número Dieciséis de Barcelona, en juicio de menor cuantía, en solicitud de privación de la patria potestad contra la madre de la menor, D.ª Rosa, resolviéndose la demanda por sentencia de 28 de abril de 1987, concediendo la guarda y custodia de la menor a la abuela, estableciéndose en favor de los padres un escaso régimen de visitas y perturbado en todo momento por la actitud contraria de la abuela.
- En el año 1989, el padre presenta demanda de menor cuantía contra la abuela y la madre de la menor solicitando la guarda y custodia de la misma o en su caso, la ampliación del régimen de visitas. Con fecha 5 de febrero de 1992, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda, apoyándose para dicho pronunciamiento en el acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de 23 de marzo de 1987.
- Interpuesto recurso de apelación por el padre, la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia con fecha 13 de julio de 1992, estimando el recurso y concediendo al padre el régimen de visitas ordinario.
- Con fecha 29 de septiembre de 1995, el padre interpuso demanda sobre error judicial cometido en el expediente del Tribunal Tutelar de Menores y en la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Barcelona a fin de que se declarase que dicho error judicial produce efectos indemnizatorios. En dicha demanda el padre hacía constar que había tenido conocimiento de la resolución en la que se basa el error judicial en fecha 19 de junio de 1995.
- Por providencia de la Sala se tuvo por interpuesta y admitida la demanda sobre error judicial y tras la oportuna tramitación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de que no es de estimar la demanda de declaración de error judicial ya que ha caducado la acción (la sentencia es del año 1992 y la demanda de error fue presentada el 29 de septiembre de 1995) y además porque en realidad lo que pretende el demandante, cual si la declaración de

error fuese un simple recurso, es una modificación de la sentencia en la que entiende que se ha incurrido en un error.

- El Tribunal Supremo desestima el recurso de revisión interpuesto.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostiene el padre de la menor que, las resoluciones dictadas por el Tribunal Tutelar de Menores y por el Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 16 de Barcelona, al suspenderle de la guarda y custodia de su hija y fijarle un régimen de visitas restrictivo, le causaron un daño y por tanto, entiende que es de aplicación el art. 292 de la LOPJ: *“Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor”*.

El éxito de la pretensión del demandante pasa por cumplir dos requisitos, uno formal y otro sustantivo.

1. Requisito de forma.

Señala el artículo 293 de la LOPJ que *“la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”*. A dichos efectos, el Tribunal Supremo analiza separadamente el iter procedimental de cada una de las resoluciones en las que, a juicio del demandante, se produjo el error:

- a) Resolución dictada por el Tribunal Tutelar de Menores con fecha 23 de marzo de 1987.

En el expediente del Tribunal Tutelar de Menores no fue parte el recurrente pero conoció su existencia y contestó el pliego de cargos que le fue formulado, y tal conocimiento se evidencia, también, por la lectura

de la sentencia de 28 de abril de 1987, pues en sus hechos y fundamentación jurídica se hace cumplida referencia al mentado expediente. En los autos seguidos a instancia del demandante en el juzgado de 1.^ª Instancia núm. 16 de Barcelona, la sentencia recaída con fecha 5 de febrero de 1992, mantuvo en su integridad la de fecha de 28 de abril de 1987 y posterior auto de 22 de abril de 1988. Por otro lado, la sentencia del juzgado de 1.^ª Instancia fue revocada parcialmente por la dictada el 13 de julio de 1992 por la Sec. 13.^ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona.

El 14 de junio de 1995, la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Barcelona remitió a la Letrada del demandante, copia de la resolución dictada por el Tribunal Tutelar de Menores referente a la menor Yaiza, cuya remisión fue en respuesta a un escrito dirigido por la expresada Sra. Letrada.

Las puntualizaciones que anteceden no permiten admitir el hecho alegado por el recurrente de haber conocido la resolución en la que se basa el error el 19 de junio de 1995, que corresponde a la recepción de la comunicación de 14 de junio de 1995, pues semejante comunicación, atendido su contenido, no cabe estimarla cual una notificación de la resolución dictada por el Tribunal Tutelar en 23 de marzo de 1987, pero es que, además y fundamentalmente, el recurrente conoció en su momento la existencia del expediente tramitado en el Tribunal ya que en él contestó el pliego de cargos formulado, y del expediente dicho se hizo cumplida referencia en la sentencia de 28 de abril de 1987, que fue dictada en el procedimiento número 951/85 seguido a

instancia del propio recurrente, y de aquí, que, en ningún caso, quepa estimar que el conocimiento del tan repetido expediente y de su sentencia de 23 de marzo de 1987 pueda establecerse el 19 de junio de 1995 toda vez que semejante conocimiento procede situarle, a lo sumo, al momento de serle notificada al recurrente la citada sentencia de 28 de abril de 1987.

- b) Resolución dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 16 de Barcelona con fecha 28 de abril de 1987.

Resulta incuestionable que cualquier conocimiento acerca de un supuesto error cometido en esa sentencia o en el procedimiento que la originó tendrá, necesariamente, que establecerse al tiempo de la notificación de la sentencia dicha. Así pues, las consideraciones acabadas de hacer y las formuladas en el anterior fundamento, con base en las puntualizaciones de que se hizo mérito, llevan a concluir que a la fecha de presentación de la demanda sobre error judicial, 29 de septiembre de 1995, había transcurrido con creces el plazo de tres meses señalado en la regla a) del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, lo que significa que la acción ejercitada por el padre se encuentra caducada.

2. Requisito de fondo.

Aunque la caducidad de la acción entablada bastaría, de por sí, en orden a desestimar el recurso de que se trata, el Tribunal Supremo entra también a conocer las razones de fondo de la demanda, señalando que *“la lectura de las respectivas fundamentaciones fácticas y jurídicas del recurso, no permiten comprender cuál pudo haber sido el error concreto que se pretende denunciar, puesto que la totalidad de los alegatos contenidos en esas fundamentaciones se limitan a expresar la disconformidad del padre con el resultado del expediente tramitado por el Tribunal Tutelar de Menores y de los autos del juzgado de 1.^a Instancia núm. 16 de Bar-*

celona, pero sin especificar cual o cuáles fueron los errores en ellos cometidos, lo que viene a reafirmar la procedencia de la desestimación del recurso, máxime, cuando del estudio de cuantas actuaciones integran el mismo no se desprende, en absoluto, que los procedimientos denunciados hubieran incidido o podido incidir en algunas de las declaraciones jurisprudenciales de esta Sala configuradoras de lo que debe entenderse por error judicial, cuya doctrina cabe resumirla en los siguientes términos:

- *“incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley”,*
- *“no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso”,*
- *“es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judi-*

cial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico”,

- *“no puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico, dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que pueda prejuzgarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que, en modo alguno, pueden unos u otros considerarse constitutivos de*

error judicial generador de indemnización” y

- *“se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho”, encontrándose recogida en las sentencias, entre otras, de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, y 21 de abril, 3, 13 y 22 de julio y 5 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994, 31 de enero de 1995, 11 de enero y 12 de marzo de 1997 y 13 de enero de 1998.*

2. *Patria potestad. Obligación de los padres de solicitar la aprobación judicial para disponer, en cuantía superior a 3.000.000 pts. de la indemnización concedida al hijo.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a Sentencia de 6 de mayo de 1998.

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

Teniendo la indemnización que esta sentencia concede la finalidad primordial de reparar la privación del sentido de la vista de un menor y habida cuenta de lo previsto en el art. 17 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, a los efectos de asegurar la protección del mismo, corresponderá a los órganos judiciales encargados de la ejecución de la presente sentencia garantizar los derechos que asisten al menor realizando el seguimiento de la evolución del mismo en la familia. Durante la minoría de edad, cuantos gastos y detracciones se hagan de la suma concedida como indemnización o de los frutos, intereses o plusvalías de los bienes en que la misma se invierta, cuando sean superiores a la cantidad de 3.000.000 ptas. anuales, revisada cada año, de acuerdo con el índice general de los precios del INE, habrán de ser aprobadas por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la presente resolución, oído el Ministerio Fiscal y atendida la finalidad protectora de la repetida indemnización.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 21 de octubre de 1986 nació de forma prematura en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social de Mérida (Badajoz), dependiente del Insa-

lud, un menor, hijo de D. Francisco y D.^a Dolores, permaneciendo en el centro sanitario por espacio de 56 días.

- Durante el mes de julio de 1997 se detecta una enfermedad en el menor que es denominada por los especialistas como fibroplasia retrolentel, y que da lugar a una intervención quirúrgica. El menor fue calificado con minusvalía orgánica y funcional del 95%, en resolución emitida por el Equipo de Valoración y Orientación de la Dirección Provincial de Badajoz del Instituto Nacional de Servicios Sociales (Inserso).
- D. Francisco presentó demanda de juicio ordinario de menor cuantía en reclamación de cantidad contra el Insalud.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida dictó sentencia el 30 de noviembre de 1992, desestimando la demanda.
- La Audiencia Provincial de Badajoz, en grado de apelación dictó sentencia el 25 de enero de 1994 desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.
- D. Francisco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que fija la cuantía de la indemnización y establece a los padres la obligación de solicitar la aprobación judicial de cualquier gasto o detracción que, en cuantía superior a 3.000.000 de pts., hagan de la misma.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Aunque el tema que nos interesa está relacionado con el pronunciamiento del Tribunal Supremo en cuanto a la obligación de los padres de solicitar la aprobación judicial para cualquier gasto o detracción que, en cuantía superior a 3.000.000 pts., hagan de la indemnización recibida a favor del hijo, con carácter previo se hace preciso analizar brevemente la prescripción que se apreciaba en la sentencia recurrida y el pronunciamiento que sobre el fondo hace nuestro más alto tribunal.

1. Inexistencia de prescripción.

Tanto la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia como la de la Audiencia Provincial no entraron en el fondo al entender que la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual (ya que en los funda-

mentos jurídicos se citaban los artículos 1902 y 1903 del CC) y que la misma se hallaba prescrita por haber transcurrido el plazo de 1 año establecido en el art. 1968 del CC, sin que tuviese en cuenta que la parte actora en el acto de la vista alegó que la responsabilidad que une al Insalud con su hijo era contractual. El Tribunal Supremo no comparte la tesis de la Audiencia Provincial por dos motivos:

— Hay razones para admitir que la relación que une al Insalud con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios.

— Ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en

determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo, *da mihi factum, dabo tibi ius*. En este sentido cabe citar las sentencias de 20 de diciembre de 1991, 11 de febrero de 1993, 1 de abril de 1994 y 18 de febrero de 1997, que en resumen vienen a señalar que no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa.

En conclusión, entiende el Tribunal Supremo que la acción de responsabilidad ejercitada por el actor, sujeta al plazo general de 15 años, se halla vigente.

2. Estimación de la demanda y condena al Insalud.

Entrando a conocer del fondo de la cuestión señala el Tribunal Supremo que *“existen indicios suficientes para concluir que la estancia del menor en la incubadora durante el largo plazo de 56 días con una insuficiente vigilancia oftalmológica, recibiendo abundantes dosis de oxígeno, que instituyen un factor de riesgo de la enfermedad contraída, propició, cuando no causó, la enfermedad que aqueja al menor y que ha causado la pérdida práctica de la visión, por lo que hay causa suficiente para atribuir al Insalud la responsabilidad directa que lleva su condena a indemnizar el daño causado. Sin contar con la razón, también importante y justificadora por sí misma de la condena del Insalud, de que, a tenor del art. 28 de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, corresponde al empresario, en este caso el In-*

salud, responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios, salvo que, como se dice en el art. 25 de la misma Ley, aquellos daños estén originados, lo que no sucede en el presente caso, por la culpa exclusiva del dañado o de las personas de las que debe responder”

3. Obligación de los padres de solicitar autorización judicial para cualquier gasto o detracción mayor de 3.000.000 de pts. que hagan de la indemnización.

Después de conceder la correspondiente indemnización, y aunque no fue solicitado por ninguna de las partes, el Tribunal Supremo señala que *“teniendo la indemnización que esta sentencia concede la finalidad primordial de reparar, en la escasa medida de lo posible, la privación del sentido de la vista de un menor y habida cuenta de lo previsto en el art. 17 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, a los efectos de asegurar la protección del mismo, corresponderá a los órganos judiciales encargados de la ejecución de la presente sentencia garantizar los derechos que asisten al menor realizando el seguimiento de la evolución del mismo en la familia. De ahí que en esta resolución se acuerde que durante la minoría de edad del hijo del actor cuantos gastos y detracciones se hagan de la suma concedida como indemnización o de los frutos, intereses o plusvalías de los bienes en que la misma se invierta, cuando sean superiores a la cantidad de 3.000.000 ptas. anuales, revisada cada año, de acuerdo con el índice general de los precios del INE, habrán de ser aprobadas por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la presente resolución, oído el Ministerio Fiscal y atendida la finalidad protectora de la repetida indemnización. Por lo demás, la medida que se adopta en la presente resolución no resulta extraña a nuestro ordenamiento jurídico, ni comporta una inusitada desconfianza en la institución paterna, toda vez que, tradicionalmente y con carácter general, el art. 166 CC, de aplicación al caso que nos ocupa, obliga a*

los padres que pretendan enajenar determinados bienes y valores, concretamente los inmuebles, los establecimientos mercantiles, los objetos preciosos y los valores mobiliarios bienes en los que lógicamente se habrá de invertir la cuantiosa indemnización que concede, a obtener previamente la autorización judicial, para la venta, que el art. 2015 LEC incluso exige que se haga en pública subasta, para una mayor garantía de los derechos del menor”.

Previendo que este pronunciamiento pueda ser tachado de incongruente, el Tribunal Supremo lo razona de la siguiente manera: *“la medida adoptada, aun no solicitada por las partes, no comporta incongruencia por exceso, ya que, como proclama la reciente sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1998 y las que en ella se citan, el ajuste del fallo no ha de ser, necesariamente literal, sino racional y flexible, recogiendo lo esencial petitionado, aunque se agreguen extremos accesorios que conduzcan a la efectividad de las pretensiones ejercitadas. Sentencia esta última citada en la que recogiendo lo fallado en la instancia se adopta ya un sistema mixto de reparación del daño personal, haciendo que de la cantidad objeto de la condena, 250.000.000 ptas., se concedan sólo 30 en indemnización y el resto que, fijado en la suma de 220 millones, se invierta para obtener una pensión vitalicia para el menor lesionado de manera irreversible”.*

El Magistrado D. Jesús Marina Martínez-Pardo formuló un voto particular respecto a este cautela que se contiene en la parte dispositiva, por las siguientes razones:

a) La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del CC y de la LEC, 1/1996 de 15 de enero, que proclama los derechos del menor, establece medidas y principios rectores de la acción administrativa, regula las actuaciones «en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores», establece como principio general (art. 2) que en su aplicación «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés

legítimo», y, para ello, amplía las medidas que contiene el art. 158 CC, pero respeta absolutamente el derecho-deber de la patria potestad, incluso en materia de administración de los bienes de los hijos.

b) La Ley del Menor, en respuesta a situaciones singulares que la realidad social ha producido, sale al paso de los perjuicios que los titulares de la patria potestad causen o pongan en riesgo de causar y establece un sistema de garantías en los arts. 10 y 11, y los modos de actuar los poderes públicos en los arts. 12 a 22.

c) Interpretados estos preceptos según la ratio legis, la exposición de motivos y el tenor literal de los mismos, se obtiene la conclusión de que se distinguen acciones preventivas y acciones reparadoras y que toda persona o autoridad que detecte una situación de riesgo o de desamparo del menor, ha de comunicarlo a quien corresponda (art. 13). Las medidas se toman «una vez apreciada la situación de riesgo» (art. 17) o cuando el menor se encuentra en desamparo (art. 18).

d) En el presente caso, las actuaciones procesales no revelan dato alguno que haga sospechar la existencia de una situación de riesgo, ni por tanto puede ser «apreciada» y en consecuencia faltan los presupuestos legales para tomar decisiones que afectan al contenido de la patria potestad, desconfían de la actuación de los padres, imponiéndoles un sistema de garantías que constriñen su derecho-deber de administración y les imponen obligaciones sin acreditar la causa que las justifica.

e) Desde el puro ámbito pragmático, mantener esas medidas, origina una especial ejecución de la sentencia, que ya no podrá quedar al poder dispositivo establecido en el art. 919 LEC; durará hasta que el menor alcance la mayoría de edad, y dificultará a los Jueces que la ejecuten, la adaptación de las medidas preventivas, todas al servicio del interés del menor, a las distintas situaciones que la vida y el grado de honorabilidad de los padres aconsejen en cada caso. Por últi-

mo, crea una situación especial para un «peculio» sin tener en cuenta el resto de los eventuales derechos y bienes que forman su patrimonio.

En conclusión, entiende que nada tiene que acordar la Sala ex officio, por bastar la notificación de la sentencia al Ministerio Fiscal.

3. *Visitas a favor de la abuela materna.*

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

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

Ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos, además, este tipo de relaciones insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Nemesia, abuela materna de la menor Aránzazu interpuso demanda de menor cuantía contra D. José (padre de la menor) solicitando la fijación de un régimen de visitas y estancias durante un mínimo de dos fines de semana alternos al mes, así como a tenerla durante la mitad de sus vacaciones escolares, pudiendo recogerla en el domicilio de su padre, y reintegrarla a dicho domicilio una vez finalizado el tiempo de visita, estableciéndose por el Juzgado la hora en que deberá recogerla y la que deba reintegrarla. La madre de la menor había fallecido y el padre contrajo nuevo matrimonio.
- D. José se opuso a la demanda solicitando su desestimación y alternatively, que se declare que la abuela únicamente tiene derecho a relacionarse con la menor un día a la semana por la tarde de seis a ocho, o bien cuando el padre lo fije conforme a la conveniencia de la menor.
- El juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan dictó sentencia con fecha 11 noviembre 1993, estimando en parte la demanda y declarando el derecho de la abuela materna a visitar a su nieta y tenerla en su compañía durante al menos una hora al mes, en el día que atendiendo a las necesidades de la menor señalen ambas partes o en su defecto la que se señale judicialmente, pauta que se establece como mínimo, sin perjuicio del acuerdo a que puedan llegar las partes o de la normalización de las relaciones. Dichas visitas serán ejercidas en interés de la menor y sin conductas distorsionadoras, en el domicilio de la misma y bajo la presencia del padre o madre actual de la niña.

- Interpuesto recurso de apelación, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia revocando parcialmente la de instancia y fijando el siguiente régimen de visitas: las comunicaciones se desarrollarán de seis a ocho de la tarde dos veces al mes, la primera a presencia del padre o actual esposa de éste y la siguiente en el lugar del pueblo de residencia de la menor que desee la abuela materna.
- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Conforme indica el artículo 160 del Código Civil, “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”. En el presente supuesto, habiendo fallecido la madre de la menor, la abuela materna solicita que se establezca un régimen de visitas normal, a lo que se opone el padre aunque admite la posibilidad de que la menor se relacione con su abuela, siempre en su presencia. En la sentencia se abordan dos cuestiones que deben analizarse separadamente:

1. Conveniencia de las visitas

Como señala la sentencia de instancia la oposición del padre a que se lleven a cabo las visitas radica en “la posible repercusión en la niña de las comunicaciones con su abuela materna, debido a que esta ha superado bien la dificultad que presenta el temprano fallecimiento de su madre y su relación afectiva por su nueva madre, aspecto en el cual la abuela materna no contribuye según su opinión”. Tanto de la prueba testifical practicada, la exploración de la menor y del informe psicológico “se desprende que la niña es feliz y está satisfecha con su entorno, así como la acción positiva de su nueva madre en el desarrollo de la menor; que se advierte como una persona altamente capacitada para llevar a cabo tal difícil cometido. Existe un rechazo, aunque con razones propias de la edad a la figura de la abuela

materna. Ahora bien, desde este punto de vista, tampoco es de apreciar como positiva la supresión total de las visitas, dado que ello evidenciaría que el conflicto sigue ahí, y toda desvinculación con un nexo familiar sólo puede producir desarrollos negativos a la larga, aunque sin duda y debido a las circunstancias apreciadas tal régimen no puede ser tan laxo como pretende la abuela”

La sentencia de la Audiencia Provincial insiste en la conveniencia de las visitas “ninguna prueba avala la total ruptura de la relación propia entre la abuela materna y nieta. Los informes psicológicos aportados no evidencian de forma clara y contundente que las visitas de la abuela sean perjudiciales para la menor, ni que necesariamente haya de producir un daño para ella las referencias a la familia biológica materna de la que procede, pues como muy bien dice la Juez “toda desvinculación con un nexo familiar sólo puede producir desarrollos negativos a la larga”. No hay base para negar de forma radical la comunicación de la abuela con la nieta, debiendo significarse por último que, ni los profesores de ésta han advertido rechazo de la niña a su abuela, ni la menor expresó ese rechazo en su exploración, pues se mostró dispuesta incluso a ir a la casa de su abuela.

El padre insiste en casación que ha quedado probado en las actuaciones que la abuela ejerce una influencia sobre la menor que no resulta beneficiosa para ésta, por lo que en-

tiende que no proceden dichas visitas. El Tribunal Supremo desestima dicho motivo citando para ello la doctrina jurisprudencial de la Sala existente sobre la materia, en especial las sentencias de 7 de abril de 1994, 11 de junio de 1996 y 17 de septiembre de 1996, de cuya doctrina, en su específica proyección al caso litigioso, emerge como información vinculante, cuanto sigue:

— Sentencia de 11 de junio de 1996: «...No puede prosperar el motivo, que se invoca (infracción de los párrs. 2.º y 3.º del art. 160 CC), puesto que ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco dado que la personalidad se forma también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores... Las circunstancias, en efecto, se han transformado. Especialmente debe tomarse en cuenta para valorar la nueva situación, el art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) por la que los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opción libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Recientemente la LO 15 de enero de 1996, se preocupa del marco jurídico del menor en conso-

nancia con la ratificación del ya citado Convenio, como expresa en su “exposición de motivos”. En concreto, y dentro del Capítulo II, sobre los derechos del menor, el art. 9 regula el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social»

— Sentencia de 17 de septiembre de 1996, «...ello no quiere decir que se desconozca por el órgano colegiado el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, ratificada por Instrumento de 30 noviembre 1990)...»

2. Fijación de las visitas y modo de realizarse.

Por lo que respecta a la fijación de las visitas, realmente restrictivas, que se estable-

cieron por el juzgado de instancia en una hora al mes, y la Audiencia señaló que deberán desarrollarse de seis a ocho de la tarde dos veces al mes.

La cuestión controvertida parece que se centra en la circunstancia de que las visitas deben efectuarse en el domicilio de la menor y en presencia de los padres, puesto que la abuela pretende que la menor pueda trasladarse a su domicilio. La sentencia de 1.ª Instancia, establece que, al menos de momento, las visitas deberán realizar en el domicilio del padre y en su presencia, sin embargo, la Audiencia Provincial entiende que “*no parece adecuado que en todo caso la visita de la abuela tenga que realizarse a presencia del padre o de su actual esposa, pues a buen seguro ello originaría una inagotable fuente de conflictos, y por otro lado, y esto es lo decisivo, no podría nunca crearse el clima conveniente para el progreso de la relación personal entre la abuela y la nieta. Por ello*

se habrá de ampliar el régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, de modo que las comunicaciones se desarrollarán de seis a ocho de la tarde dos veces al mes, la primera a presencia del padre o actual esposa de éste y la siguiente en el lugar del pueblo de residencia de la menor que desee la abuela materna. Con ello se pretende conjugar tanto la vigilancia del padre respecto al desarrollo de esta visita como el que éstas puedan, en alguna medida, propiciar la relación más directa entre abuela y nieta”.

El padre alega en el recurso que lo acordado por la Audiencia Provincial respecto al desarrollo de las visitas infringe lo establecido en el art. 154 del Código Civil, en cuando al deber de velar que tiene respecto de la hija y que no podría cumplir si la visita se lleva a efecto sin su presencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo no estima el motivo puesto que la sentencia dictada por la Audiencia aplica el artículo 160.2 del Código Civil.

DERECHO PENAL

1. *Determinación del juzgado competente para el conocimiento del delito de impago de pensiones.*

Tribunal Supremo. Sala 2.ª, Auto de 21 de enero de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

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.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella se seguían diligencias por el impago de la pensión compensatoria establecida en causa matrimonial a

favor de D.^a Aída, contra su esposo D. Guzmán, al transformarse en procedimiento abreviado, la defensa del acusado, planteó la cuestión de competencia, interesando la inhibición del Juzgado en favor del de Baracaldo.

- El Juzgado dictó auto con fecha de 6 de abril de 1997 desestimando la cuestión de competencia planteada por declinatoria, interponiéndose recurso de reforma que, tras el informe favorable del Ministerio Fiscal, fue estimado, por auto de 26 de Julio de 1997, acordándose la inhibición en favor del Juzgado de Instrucción de Baracaldo.
- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Baracaldo por Auto de 21 octubre 1997, acordó no aceptar la inhibición causada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella y así lo puso en conocimiento del Ministerio Fiscal y partes personadas, suscitándose la cuestión de competencia, remitiéndose las diligencias al Tribunal Supremo.
- El Tribunal Supremo resuelve la cuestión atribuyendo la competencia al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Marbella.

COMENTARIO DEL AUTO

En la resolución judicial que fijó unas pensiones en favor de la esposa e hijos y con cargo al esposo se estableció que las mismas «se entregarán personalmente a aquella o mediante ingreso o transferencia bancaria». Tras su impago, la esposa acudió a la vía penal interponiendo una denuncia por abandono de familia, surgiendo la cuestión de determinar qué juzgado será el competente para conocer de la misma, el juzgado donde tienen su domicilio la esposa e hijos (Marbella) o aquél en el que reside el esposo (Baracaldo).

La norma competencial a aplicar no es otra que la del «forum commissi delicti» a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin embargo, y como ha señalado el auto de la Sala segunda de 17 de junio de 1996, en determinados casos no es de sencilla aplicación una regla aparentemente tan simple. Así sucede en los delitos a distancia, cuando la actividad (o inactividad en los delitos de omisión) supuestamente delictiva se produce en un lugar y el efecto del

delito se ocasiona en otro, pudiendo aplicarse la teoría de la actividad, la del resultado y la de la ubicuidad y si bien en la doctrina de esta Sala se atiende generalmente al lugar de “consumación”, tampoco está exenta de problemas la determinación del mismo en supuestos especiales, como sucede con los delitos de mera actividad, los permanentes o en los de omisión.

Como regla general, señala el Tribunal Supremo, ha de entenderse que los delitos de omisión se cometen en el lugar donde debió cumplirse el deber cuya infracción integra la conducta típica y ese lugar según se ha determinado expresamente en la sentencia es “la cuenta que designa la actora”. Otra solución no haría más que provocar una grave inseguridad, pues habría que depender, en cada caso, del lugar en el que se encontrase el obligado al pago en la fecha de cumplimiento de la obligación, lugar —que puede ser, o no, la localidad en que tenga su domicilio habitual— y que puede resultar desconocido o difícil de comprobar,

inseguridad que se acrecienta por la estructura del tipo delictivo previsto en el artículo 487 bis, que no se consuma por una única omisión sino por tres consecutivas o seis no consecutivas, que pueden producirse estando el obligado al pago en lugares diferentes.

Aunque en el presente caso, en la resolución judicial no se haya fijado explícitamente el lugar del pago, no ofrece duda que debe ser Marbella, ya que allí vive la esposa y es el lugar en que la entrega ha de realizarse personalmente —lo que presupone la entrega en el domicilio de la esposa— y, aunque

no ocurre lo mismo con referencia al ingreso o transferencia bancaria que bien pudiera realizarse a través de una oficina bancaria del domicilio del obligado, según la dicción literal del mandato del Juzgado de Primera Instancia, tal ingreso o transferencia ha de serlo en la cuenta de la esposa denunciante.

Por último, señala el Tribunal Supremo que no debe inducir a error la circunstancia de que en el artículo 63 de la LEC se señale como competente el domicilio del obligado al pago, ya que ésta es sólo una norma de fuero civil y sólo es aplicable cuando se piden alimentos como incidente de otro juicio.

2. *Competencia para el conocimiento de la denuncia por impago de pensiones.*

Tribunal Supremo. Sala 2.^a, Auto de 12 de febrero de 1998.

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

El juzgado competente para tramitar la denuncia por impago de pensiones es el del domicilio que se haya designado como lugar de pago.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 5 de agosto de 1996 doña María Montserrat presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Tarragona imputando al que fue su marido un delito de impago de la pensión al no haber abonado la pensión alimenticia conforme a lo resuelto en la sentencia de divorcio.
- El juzgado de Instrucción núm. 5 de Tarragona dictó al día siguiente resolución acordando remitir la denuncia al Juzgado de Instrucción Decano de Almería.

- Con fecha 28 de mayo de 1997, el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 1 de Almería dictó resolución inhibiéndose del conocimiento de las actuaciones en favor del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Tarragona.
- Por haberse realizado un nuevo turno, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarragona dictó auto el 20 octubre del mismo año 1997, no aceptando la inhibición y ordenando remitir las actuaciones al núm. 1 de Almería, resolución que fue recurrida por el Ministerio Fiscal por entender que lo procedente era ya poner en conocimiento del superior jerárquico, sin dilación, la cuestión suscitada mediante exposición razonada.
- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarragona, por medio de auto dictado el 12 de noviembre de 1997, estimó el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal frente al auto de 29 de octubre anterior y acordó no aceptar la competencia que le venía deferida por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almería y remitir los autos a la Sala segunda del Tribunal Supremo.
- El Tribunal Supremo declaró que la competencia para el conocimiento de la denuncia por abandono de familia corresponde al juzgado de Tarragona.

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 pactadas en el convenio regulador de la separación. A tal efecto señala nuestro más alto tribunal que *«habiéndose designado expresamente en el convenio regulador de la separación entre la denunciante y el denunciado el domicilio de la primera como lugar de pago de la pensión compensatoria, hay que entender que el lugar de comisión del delito, por tratarse de un delito de omisión, es el lugar donde la obligación deja de cumplirse, esto es, el lu-*

gar donde la denunciante tenga su domicilio que, en el momento en que la denuncia se produjo era Tarragona, por lo que la cuestión de competencia suscitada debe ser resuelta en favor de los Juzgados de Instrucción de dicha ciudad.»

Así pues, el juzgado competente para conocer de la denuncia penal por impago de pensiones no es el correspondiente al lugar donde se dictó la sentencia de separación o divorcio, sino aquél en que se estableciese como lugar de pago de la obligación, que en este caso coincide con el domicilio de la denunciante.

3. *Impago de pensiones. Acreditación del estado de necesidad en el sujeto pasivo.*

Tribunal Supremo. Sala 2.ª, Sentencia de 28 de mayo de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

Para que proceda la condena por impago de pensiones es requisito básico que el sujeto pasivo se halle “necesitado”, es decir, que su situación sólo pueda ser conjurada mediante la prestación de los deberes de asistencia.

ANALISIS DEL CASO

- D. Fernando y D.ª Felisa contrajeron matrimonio, fruto del cual nació una hija llamada Felisa que sufre importantes deficiencias físicas y psíquicas lo que motivó su declaración de incapacidad por sentencia de 2 de junio de 1986.
- Los cónyuges obtuvieron sentencia de nulidad canónica el 2 de junio de 1980, concediéndose eficacia civil a la misma por medio de auto de 15 de marzo de 1982, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia de Utrera. En ejecución de dicho auto se atribuyó la guarda y custodia a la madre y se fijó un régimen de visitas para el padre.
- Con fecha 15 de junio de 1988, se dictó sentencia en el procedimiento de alimentos seguido a instancia de la madre en representación de la hija, en virtud de la cual el padre debería abonarle mensualmente la cantidad de 40.000 ptas.
- Ante el impago de pensiones, la madre solicitó la ejecución de la sentencia, consiguiendo cobrar únicamente una determinada cantidad, por lo que optó por acudir a la vía penal.
- El juzgado de Instrucción número 1 de Lebrija instruyó sumario contra D. Fernando y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla que, con fecha 9 de junio de 1997, dictó sentencia condenando a D. Fernando a la pena de arresto de diez fines de semana, privación de la patria potestad por un periodo de cinco años, y a que pague, por vía de responsabilidad civil la cantidad de 2.380.000 ptas., equivalente a las prestaciones impagadas desde 1988 hasta el mes de mayo de 1997 inclusive, más los intereses legales.

- D. Fernando interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, absolviendo al procesado del delito de abandono de familia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos alegados por D. Fernando para no abonar la pensión alimenticia se centran en que sólo percibe una pensión de 54.825 ptas., que sobre la finca rústica que posee pesan diversos gravámenes, que cumplió una pena de privación de libertad durante dos años, y que la madre tiene mejor situación económica que él. En base a ello, entiende el recurrente que no obró con “voluntad dolosa de no pagar o de retrasarse injustificadamente en el pago” y que no tuvo posibilidad de cumplir.

La cuestión planteada gira en torno al entendimiento dado por el Tribunal *a quo* al delito del art. 226,1.º CP. La Audiencia ha entendido que no era necesario establecer una situación de necesidad de la hija para la aplicación de dicha disposición. Dicho de otra manera, la Audiencia ha entendido que la situación de necesidad del descendiente no constituye uno de los elementos que condicionan el deber de asistencia inherente a la patria potestad. Ello se deduce con claridad del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, en el que se afirma que “*a diferencia de lo que ocurre en otros tipos penales, como puede ser la omisión del deber de socorro, en el caso de abandono de familia el socorro al necesitado por parte de terceras personas no hace decaer el elemento*

típico”. Este punto de vista choca, sin embargo, con el texto del art. 226.1 CP vigente, aplicable al caso en virtud de lo dispuesto en el 2.2 del mismo. En efecto, este artículo, reproduciendo las expresiones del segundo párrafo del art. 487 CP 1973, establece que el sujeto pasivo debe hallarse “necesitado”, es decir, que su situación sólo pueda ser conjuada mediante la prestación de los deberes de asistencia.

Al definir la situación en la que se debe encontrar el sujeto pasivo el legislador ha querido subrayar cuál es el elemento que determina el carácter criminal del incumplimiento, de tal manera que no cualquier infracción del deber sea motivo suficiente para la aplicación de la pena. En realidad la ley ha querido evitar de esta manera que la deuda civil proveniente de los deberes de asistencia legalmente establecidos puede dar lugar a una pena del derecho penal. Es decir, no se ha querido reemplazar la ejecución civil de una deuda por un procedimiento penal de ejecución.

Es indudable que en un caso en el que la hija tiene reconocida una pensión por minusvalía, como consta en los hechos probados, y de la que no se ha podido establecer una situación de necesidad, no tiene el carácter de “necesitado” que exige el tipo penal.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACION, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACION

1.1. La falta de afecto marital se constituye en causa de separación matrimonial incardinable en el art. 82.1.º del CC.

AP CORDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Gonzalo Trujillo Crehuet.

Viene a referir la representación de la parte apelante a través del presente recurso la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Córdoba, y el dictado de otra por la que se declare que no hay causa para la separación conyugal. Respecto a ello, es necesario manifestar que para que se interponga una demanda de separación tienen que ocurrir cosas importantes para que se dé esa crisis matrimonial. Invoca la parte demandante, hoy apelada como causa para acordar la separación solicitada la conducta injuriosa o vejatoria, así como cualquier violación grave o reiterada de los deberes conyugales, al amparo de lo dispuesto en el art. 82.1 del CC. La jurisprudencia ha admitido las dificultades que entrañan las pruebas en esta causa de separación conyugal, porque

precisamente se producen, la mayoría de las veces, en la intimidad de la familia, y en ausencia de terceras personas.

La base del matrimonio radica en el amor y en el respeto mutuo y cuando esto se pierde, se llega a esa acritud y a esas hondas desavenencias, producto quizá de falta de entendimiento, al haber desaparecido aquel afecto y respeto consustancial al matrimonio *la affectio maritalis*, cuya falta queda materializada por la ruptura de la convivencia en común al haber desaparecido esos vínculos conyugales que lo sostenían, con independencia de cuál de los esposos originó o contribuyó en mayor medida a que se llegase a ese extremo, lo que viene a provocar la quiebra de la institución, que solo artificiosa-

mente puede mantenerse, generalmente con graves y perniciosas consecuencias para el cónyuge y los hijos.

Cierto es que la jurisprudencia viene manteniendo que para que la demanda se estime debe fundarse en alguno de los supuestos del art. 82 y acreditarse, pero hay veces que, tras un análisis de la prueba practicada, que no es posible alcanzar un grado de probanza respecto de dichos motivos o causas, mas ello no debe ser óbice a la pretendida separación, ya que esa misma prueba viene a reflejar una pérdida total y absoluta de la *afectio maritalis* en la que se manifiesta una profunda discordia entre los esposos que implica una vulneración de los deberes de respeto, ayuda y socorro.

Esa es en definitiva la doctrina que viene manteniendo esta Sección Primera, y esta Audiencia Provincial, cuando (por todas, la sentencia de 15 de mayo de 1993) tras acoger la doctrina sentada por nuestro TS, entre otras en sentencia de 10 de febrero de 1983, se afirma que “la propia sentencia del TS antes mencionada autoriza, y ello es consecuencia de la naturaleza especial de la materia que nos ocupa, y de las delicadas situaciones que provocan las crisis matrimoniales, que se verifique una interpretación flexible y no rígida de los supuestos legales de separación [...] de suerte que el Juzgador pueda indagar el cese efectivo del desafecto marital y comprobar el incumplimiento de los deberes de naturaleza personal que a los cónyuges imponen los arts. 56 y ss del CC”, y ello por cuanto se afirma en la sentencia de la AP de Guadalajara de 9 de

julio de 1994, todo régimen jurídico matrimonial de contenido personal viene presidido en nuestro derecho por un principio básico, el de la igualdad de los esposos, que obliga al marido y a la mujer a vivir juntos respetarse y ayudarse mutuamente, siendo preciso ese mutuo respeto para el desarrollo armónico de la vida en común.

Entrando en el análisis del caso concreto sometido a debate, resulta evidente por así estar acreditado a lo largo del procedimiento que el matrimonio está roto, durmiendo los cónyuges en habitaciones separadas, situación ésta que pone de manifiesto la existencia de una profunda quiebra del afecto conyugal y un incumplimiento reiterado de los deberes conyugales, bastante por sí mismo para constituirse en causa legal de separación al amparo del art. 82.1.º del CC, pues de lo contrario sería condenarles, al menos a uno, o a una convivencia impuesta y no deseada. Este es en el fondo el espíritu que late en la Ley de 7 de julio de 1.981, y el que está presente en la realidad social del momento, a la que los Jueces han de ser sensibles y de la que no deben apartarse en la aplicación del derecho (art. 3.1.º del CC).

En el mismo sentido pueden citarse, entre otras muchas, la sentencia de la AP de Madrid de 7 de septiembre de 1990; la de la AP de Almería de 21 de junio de 1995; la de la AT de Zaragoza de 14 de febrero de 1986; la de AT de Mallorca de 18 de octubre de 1986; la de la AP de Teruel de 17 de julio de 1997; y la de esta misma Sección de esta Audiencia de 20 de enero de 1998.

1.2. *A efectos de decretar la separación, hay que equiparar la imposibilidad de convivir a la violación grave de los deberes conyugales (art. 82.1.º del CC).*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Sobre el fondo del asunto, en orden a la única pretensión planteada por el apelante, que se opone a la separación por falta de causa, es lo cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes a la hora de afirmar la viabilidad de la separación legal sobre la base de justificar y acreditar que entre los esposos ha desaparecido el afecto conyugal, siendo reiterado el incumplimiento de los deberes de respeto y ayuda mutua entre ambos, aun aceptando que la mera interposición de la demanda de separación constituye solamente un indicio de la existencia de causa para declararla, y que en el curso del procedimiento debe fundamentarse y apoyarse en pruebas suficientes que acrediten cumplidamente la concurrencia de la falta de afecto marital, como motivo que

aboca en la causa señalada en el art. 82.1º del CC, sobre incumplimiento de los deberes conyugales, lo que dificulta en extremo la necesaria paz y armonía que exige la convivencia marital, de modo que *ningún sentido ni fin tiene mantener una situación inmersa en permanente conflictividad, por la deteriorada relación personal entre los esposos, estado que choca abiertamente con los planes de la institución matrimonial; esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en sentencia de 28 de abril de 1998, con referencia a la del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985, en orden a la interpretación de las normas, en un alcance no restrictivo, sino amplio, para equiparar la imposibilidad de convivir a la violación grave de los deberes conyugales (art. 82.1.º CC).*

2. DIVORCIO

2.1. *Por razones de economía procesal, procede estimar la demanda de divorcio, si durante la pendency del recurso de apelación transcurre el plazo señalado en el art. 86.2.º del CC.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La sentencia de instancia, que decretó el divorcio del matrimonio que contrajeron los litigantes el 5-9-1985, es objeto de impugnación por la representación del esposo demandado por la ausencia de causa de divorcio, al no haber transcurrido los plazos que la

ley establece para que concurriera la causa invocada.

Respecto a dicho motivo, es de considerar que la invocación expresada por la demandante de la causa 2.ª del artículo 86 del Cód-

go Civil, precisa como elemento de prosperabilidad de la acción ejercitada que la pretensión sea instada por quien en el pleito de separación precedente instó la demanda o formuló reconvencción, y la acreditación de la concurrencia de las dos circunstancias previstas en el precepto legal: a) el cese de la convivencia durante más de un año, y b), que haya transcurrido dicho periodo desde la firmeza de la sentencia que decretara la separación, o desde que se instó la pretensión de separación sin sentencia en la instancia.

En el caso de autos concurre el requisito de legitimación para invocar la expresada causa, pues fue la esposa la que solicitó la separación, y consta acreditado que desde el 15-6-1993 los litigantes viven separados en virtud de auto de medidas provisionales que puso fin a la presunción de convivencia marital, sin que recayera sentencia firme que decretara tal medida hasta el 21 de febrero de 1996, cuando fue resuelto por la Audiencia Provincial el recurso de apelación insta-

do contra la sentencia de instancia de 2-5-1994. *En base a la anterior constatación de las fechas de las sucesivas resoluciones judiciales, es de apreciar, por razones de economía procesal, que la causa de divorcio en la que se basa la demanda, queda acreditada al tiempo de ser dictada la presente resolución, al haber sobrevenido durante la pendencia del recurso la causa invocada del transcurso de un año desde la firmeza de la causa de separación que, como hecho nuevo de incuestionable trascendencia jurídica, no puede ser desconocido por la Sala, aun cuando la causa de divorcio alegada, que por su concreción en la demanda vincula al juzgador en virtud del principio de congruencia, no concurría al tiempo de ser interpuesta la demanda origen de las presentes actuaciones, circunstancias ambas que determinan la desestimación de este primer motivo del recurso, por una parte, y la valoración de lo anterior a los efectos de la exención de la condena en costas al recurrente.*

3. NULIDAD

3.1. *No procede declarar la nulidad del matrimonio contraído entre una persona de avanzada edad y la persona que lo cuidaba cuando en el expediente matrimonial el médico forense reconoció al primero. No existe vicio en el consentimiento por la manifestación de que “sería abandonado por la demandada si no contraían matrimonio lo antes posible”.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 26 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Frente a las figuras de la separación matrimonial y el divorcio, que articulan remedios legales que podríamos calificar de ordinarios ante la crisis conyugal, y sobre la base de la validez del vínculo en su momento contraído, la declaración de nulidad de dicho

nexo nupcial se ofrece con un carácter excepcional, pues supone la exclusión de los condicionantes, ya de capacidad subjetiva, ya formales, bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, pueden determi-

nar, con uno u otro alcance, la negación *ab initio* del negocio jurídico matrimonial, en hipótesis bien de inexistencia del mismo, o bien de nulidad absoluta o relativa, según el clásico esquema clasificatorio doctrinal, que sin embargo no encuentra el adecuado acomodo en el artículo 73 del Código Civil, que engloba, sin distinción aparente y bajo la rúbrica común de *nulidad*, todas las irregularidades concurrentes en la celebración del matrimonio; aunque es cierto que en los preceptos siguientes viene a establecerse un régimen divergente para algunos de los supuestos allí genéricamente contemplados, lo que implica una clara aproximación hacia los referidos esquemas doctrinales.

Sin embargo, en cualquiera de las posibilidades que recoge el citado precepto, y por el carácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente, ha de actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de tal modo que sólo cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en las referidas previsiones legales, puede proclamarse la radical solución sanadora propugnada, que entra en colisión con el principio del *favor matrimonii*, bastante más atenuado, como se apuntó en las figuras de la separación o el divorcio.

Ello sentado, y entrando ya en una valoración crítico-jurídica de cada una de las causas, con sus apoyos fácticos consiguientes, esgrimidas por el recurrente en el escrito rector del procedimiento, en cuanto premisas de su final petición anulatoria del vínculo conyugal, no puede alcanzarse el amparo judicial impetrado la misma en cuanto sustentada en la causa 1.ª del artículo 73 del Código Civil. En efecto la misma contempla un típico supuesto de inexistencia del matrimonio, por ausencia total de consentimiento al respecto, lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a extender a aquellos casos en que la declaración procede de una persona que no está en el pleno ejercicio de su razón, co-

mo ocurre en alguna de las enfermedades mentales (STS de 18 de septiembre de 1989). Y es obvio que no son éstos los supuestos concurrentes en el caso de autos, pues *si bien pudiera, en principio, dudarse de la aptitud del esposo, en razón a su edad y deterioro físico, para emitir de forma libre y consciente el consentimiento matrimonial, ello quedó descartado durante la tramitación, ante el Registro Civil, del oportuno expediente, en el que, al ser examinado por el Sr. Encargado, no se apreció a aquél vicio en la formación de su voluntad, lo que fue corroborado por el Médico Forense de dicho órgano al afirmar que, no obstante las enfermedades orgánicas propias de la edad, «está consciente, lúcido, sin alteraciones en la memoria, inteligencia, razonamiento y voluntad. No presenta ideas delirantes ni alucinaciones»*. Tales conclusiones, en orden a su aptitud para el negocio jurídico a celebrar en días posteriores, no han quedado desvirtuadas en el curso de las actuaciones practicadas ante el juzgado *a quo*, pues ni siquiera ha sido propuesta prueba pericial médica tendente a acreditar una posible enfermedad del esposo que incidiera negativamente en la formación interna de su voluntad, determinando exteriorizaciones no libres o conscientes. Pero parece que la estrategia litigiosa del demandante discurre por derroteros distintos de los apuntados, al afirmar en el escrito rector del procedimiento que «su voluntad interna en ningún momento fue la de contraer matrimonio», «sino que lo que él quería era tener una asistenta»; se habla en definitiva, de simulación o reserva mental, de más difícil encaje en la causa 1.ª del artículo 73, conforme a lo ya expuesto, pero que, en definitiva, acaba por conectarse de modo insoluble con las amenazas que se afirma sufrió dicho litigante, por parte de la esposa, de abandonarle si no contraían matrimonio lo antes posible, que se encajan en la causa 5.ª del antedicho precepto; y ello ha de determinar un análisis de la misma bajo perspectivas distintas del impropio encuadramiento en la estudiada causa 1.ª de pro-

yección y consecuencias netamente diferenciadas. Procede, por ello, el rechazo del recurso, en cuanto sustentado en la referida causa legal.

Sin la claridad y precisión exigidos por el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ya constituiría un serio obstáculo para su acogimiento, parece el demandante intentar extender la citada causa (1.º del art. 73) al consentimiento exteriorizado en el caso por la esposa, dado que «en ningún momento su voluntad era contraer matrimonio, sino que ésta es un medio para el fin principal, el dinero». En el curso de las actuaciones no ha quedado demostrado, en los términos que al actor, le eran exigibles según la doctrina emanada del artículo 1214 del Código Civil, que la voluntad de la esposa estuviera definida, de modo exclusivo, por la diseñada finalidad monetaria, pues ello se niega por dicha litigante en prueba de confesión y del resto del contexto probatorio no puede concluirse, con la certeza y el rigor exigidos por la trascendencia de la declaración que se propugna, en el sentido apuntado por el recurrente, de no fácil encaje por lo demás, y como antes se expresó, en el núm. 1.º del artículo 73, cuya solicitada aplicación, con el fundamento fáctico antedicho, ha de excluirse por la Sala.

Tampoco puede alcanzar el éxito propugnado la pretensión revocatoria del apelante en cuanto asentada en la causa 5.ª del precepto examinado, y que es impecablemente analizada en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, dado que, aun con las condiciones de edad y salud del esposo, no puede concluirse que la amenaza, no acreditada por otro lado, de ser abandonado por la demandada «si no contraían matrimonio lo antes posible», tenga la suficiente virtualidad para su incardinación en el referido precepto, en su necesaria conexión con los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1267 del mismo texto legal, pues la repercusión derivada de la supuesta «amenaza» ni es de carácter ilícito o antijurídico, ni, como exige la doctrina jurisprudencial, «tan fuerte que obligue al sujeto que la padece a que su

voluntad se manifieste en sentido contrario a sus intereses, anulando su consentimiento» (SS. 15 de diciembre de 1966 y 11 de marzo de 1985, entre otras). *En efecto el esposo no se veía abocado ineludiblemente, bajo la hipotética presión ejercida sobre el mismo a contraer matrimonio, con la única finalidad de conservar los cuidados que le venía otorgando la demandada, pues los mismos, cual anteriormente había acaecido, podrían ser desempeñados por otras personas, en régimen de arrendamiento de servicios. Y no constando tampoco, como antes se dijo, que la capacidad de discernimiento del referido litigante estuviese absolutamente ofuscada al respecto, no se encuentran términos legales hábiles que permitan acoger, por esta vía, la pretensión que el mismo reproduce ante la Sala.*

Se invoca finalmente la causa 4.ª del precepto estudiado, aduciendo el apelante la existencia de error en las cualidades de la persona del otro contrayente, en cuanto creía aquél que se unía a una persona honrada, cuando, por el contrario, lo que la misma pretendía era quitarle el dinero. Siendo éste, conforme declara el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 18 de septiembre de 1989, el típico error del negocio matrimonial, se revela en el caso como inadecuado en orden a la declaración anulatoria perseguida, al referirse, según la fundamentación fáctica esgrimida, más que a una cualidad personal, ya física, ya psíquica o inclusive moral, a la hipotética conducta a desarrollar, tras el matrimonio, por la esposa en el ámbito patrimonial, que sobre no haber tenido tampoco, y como antes se expuso, una cumplida demostración en lo que a dicha intención afecta, incidiría en último término, y de ser ciertos los hechos alegados, en el supuesto de omisión, o desaparición, de la *affectio maritalis*, generando, en tal hipótesis, la causa de separación 1.ª del artículo 82 del Código Civil, pero no afectando a la válida formación de la voluntad determinante del negocio jurídico matrimonial, por el cauce examinado, que requiere una sólida fundamentación en cualidades inherentes a la per-

sona, y no en el comportamiento de la misma en el seno de la vida conyugal, determinante, en su caso, de remedios legales no tan radicales, en cuanto, como la separación o el divorcio suponen en todo caso la existencia *ab initio* del vínculo matrimonial.

No resulta ocioso recordar, al hilo de todo lo precedentemente expuesto, que el Código Civil, al contrario que el Codex (canon 1055), no establece cuáles sean los fines esenciales del matrimonio, por lo que lógicamente no puede acoger, como causas de nulidad, la exclusión de aquéllos (canon 1101). En efecto el Código Civil sólo regula, en los artículos 67 y 68, los deberes recíprocos de los cónyuges, cuyo no cumplimiento, se hayan o no excluido en el momento de la

celebración de la unión nupcial, no pueden generar la nulidad de la misma, sino tan sólo la separación por la causa prevenida en el núm. 1.º del artículo 82. Sobre dicha base, y en supuestos cual el que nos ocupa, no dejan de ser frecuentes en la práctica las uniones nupciales en que se busca, de modo primordial, la atención personal y la compañía, a cambio de una estabilidad o acomodo económico del que antes se carecía, sin que ello implique atentar contra la esencia matrimonial, ni pueda provocar en la inmensa mayoría de los casos, y éste no es una excepción, error en el otro contrayente, perfectamente consciente de la finalidad perseguida por el mismo, así como de los objetivos de la otra parte.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y REGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *No procede privar al padre de la patria potestad por impago de la pensión alimenticia cuando el mismo estaba imposibilitado para ello, ni por la falta de cumplimiento del régimen de visitas, ya que ese fue debido a la tensión existente 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 que solicita que el padre sea privado de la patria potestad sobre la menor, Paula, en base al incumplimiento de los deberes 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 Paula en las sentencias matrimoniales, así como al haberse mantenido 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 substan-

cialmente en el fundamento de derecho segundo 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 executor 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 lo que no se 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 ambos 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 de 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 demanda.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. Aun cuando el art. 92 del CC prevenga que, en los casos de separación y divorcio, se procurará no separar a los hermanos, ello no impide que puedan darse supuestos en los que los hermanos puedan ser distribuidos entre los progenitores. En este caso se procurará armonizar el régimen de visitas para que los hermanos pasen juntos los periodos vacacionales.

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 22 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La atribución de la guarda y custodia de la hija menor al padre, por razón de que el hermano mayor, David, ha pasado por voluntad propia a convivir con el mismo, no es de la suficiente entidad como para que resulte acogida por la Sala, sin la concurrencia de otras circunstancias que, en beneficio de la niña, hagan aconsejable tal medida, pues si bien es cierto que el artículo 92 del código civil previene que, en los casos de separación y divorcio, se procurará no separar a los hermanos, tal *desideratum* legal no implica que puedan darse casos en los que los hermanos puedan ser distribuidos entre los progenitores por razones que así lo aconsejen, fundamentalmente por requerirlo así la propia estabilidad psíquica de los menores. *En el caso de autos, la permanencia de los dos hijos menores con la madre tras la separación, fue acordada por la sentencia que la esta-*

bleció, de 9-3-1993, y ratificada por el Convenio Regulator de 31-1-1994 que sirvió de base al divorcio, por lo que la permanencia de la niña en el mismo entorno no es desaconsejable, sin que el hecho de que su hermano David, cinco años mayor que ella, haya optado por pasar a convivir con el padre, —lo que ha sido autorizado por la sentencia de instancia—, implique la extensión de tal mudanza también a Claudia, que se encuentra bien con la madre, y ello sin perjuicio de que, en ejecución de sentencia, se asegure que los hermanos permanezcan el mayor número de días posibles juntos y compartan, con uno y otro progenitor, los periodos vacacionales, alcanzando la estabilidad que es necesaria para los mismos, y que ha sido puesta de relieve por el informe pericial de la psicóloga.

2.2. La circunstancia de que la madre tenga atribuida la guarda y custodia no impide que, por motivos laborales, pueda trasladar su domicilio a otra ciudad.

AP BURGOS, Sec. 3.^a, Sentencia de 3 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Benito Corvo Aparicio.

Sobre la petición de la apelante a que se le permita o autorice al cambio expresado de su residencia habitual, trasladándose a Burgos, ciudad en la que tiene o desarrolla su actividad laboral, según está reconocido y acreditado en autos, forzoso es concluir que tal derecho fundamental, que constitucionalmente consagra el artículo 27 de la Constitución Española, no debe verse impedido en el caso

enjuiciado por lo dispuesto en el artículo 1882, párrafo segundo de la LEC, por lo que, en su consecuencia, debe así reconocerse, con estimación al respecto del presente recurso, al estimarse el derecho a la libertad de elección de residencia del artículo citado de la CE vigente de orden jerárquico superior y preferente, en definitiva, a la norma procesal expresada.

2.3. No es causa de modificación de la guarda y custodia el hecho de que la madre se traslade a otra ciudad a realizar su actividad laboral.

AP CORDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 7 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Palacios Luque.

El tema objeto del recurso se centra sustancialmente en la situación de hecho originada por un trabajo realizado por la esposa demandada en la localidad de Torremolinos (Málaga). Para el actor esta fijación domiciliaria motiva, según las alegaciones que efectúa, que la custodia del menor sea otorgada al padre y que se atribuya a este el uso del domicilio familiar.

Naturalmente, el sólo hecho de un traslado provisorio, para la obtención de un beneficio económico repercutible en el hijo, cuya custodia fue otorgada a la madre, no es suficiente para que se produzca una alteración de las medidas, ya que han de ponderarse todas las condiciones que concurren en este

supuesto, teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 90 y 92 del CC, por cuanto, de un lado, ha de existir un cambio sustancial, para que se adopte la modificación de medidas originada por ese hecho, y, de otro, ha de concurrir un estado desfavorable, en relación con el precedente, respecto del interés del menor, pues no en vano todas las medidas han de ir encaminadas en beneficio de éste.

Así las cosas, ha de tenerse en cuenta que el reclamante, como revela la prueba practicada, no ha cumplido con puntualidad el pago de la pensión establecida a su cargo, dando lugar a retrasos no justificables que, por

pura obviedad, colocan en situación de vacío económico al beneficiario de la medida.

Asimismo, tampoco debe omitirse que la cantidad señalada, por ese concepto, es la de 40.000 ptas. mensuales, cifra exigua, insuficiente, para garantizar los eventos, tales como el de la anomalía en el pago puntual de la pensión, o en cualquiera de los efectos que circunstancialmente puedan suscitarse, en el día a día.

Aunque sea lógico que la mencionada suma esté vigente, y, deba estarse a su cuantificación, no puede negarse a la madre del menor que trate de conseguir un incremento económico sin desatender la relación con su hijo y sobre todo, aquella que ponga en cuestión o en peligro su custodia y guarda.

En consecuencia, ha de concluirse el derecho que asiste a la madre a realizar esa actividad, aunque sea en lugar distinto al del domicilio de uso familiar, señalado con anterioridad en resoluciones precedentes, por

cuanto, ni ha sido demostrada situación de riesgo o de peligro, ni incluso, de desatención de aquella guarda y custodia, por parte de la madre, y, más aún cuando asimismo también de la prueba practicada, se deriva la provisionalidad de esa actividad, y por tanto, de la fijación de una residencia o estancia no habitual, sin perjuicio del traslado permanente y con habitualidad al domicilio señalado en aquellas resoluciones.

Esto es, no resultará admisible que este domicilio continúe invariablemente en situación provisoria, ya que si así fuese, podrían derivarse las inmediatas consecuencias de un cambio que impulsaría a unas nuevas medidas, con afección o sin ella en orden a la custodia y guarda del menor, pero tratándose de un hecho surgido, en gran medida, por la escasez de la pensión, y, de otro, por la impuntual aportación de la señalada al actor, ha de estarse a lo precedentemente acordado.

3. REGIMEN DE VISITAS

3.1. *Procede fijar una visita intersemanal en atención a la edad de los hijos (9 y 7 años) y al trabajo que por las tardes realiza el progenitor custodio.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 15 de enero de 1998. **Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.**

La parte recurrente impugna el régimen de visitas que concreta la sentencia de instancia, al entender que las relaciones paterno-filiales no quedan suficientemente garantizadas con las especificaciones del mismo, toda vez que no se contempla la posibilidad de comunicación intersemanal que considera esencial por la edad con la que cuentan los menores, nacidos en los años 1989 y 1991.

El derecho que consagra el art. 94 del Código Civil de que los progenitores que no

tengan consigo a los hijos menores con carácter habitual —como consecuencia de la crisis de la pareja, la separación o el divorcio—, gocen del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, ha de conectarse con el derecho preeminente de los propios menores a que las medidas que se adopten en relación con los mismos están presididas por el principio superior del interés del menor (art. 92 CC), y debe por ello garantizarse que el progenitor que no

conviva con ellos con carácter habitual pueda cumplir las funciones inherentes de la patria potestad que ambos progenitores continúan compartiendo, en los términos a los que se refieren los arts. 154 y el ya citado 92 del mismo texto legal. La STS de 19 de octubre de 1992 ha puesto de relieve que el fin teleológico de la norma es el de evitar que la ruptura entre los progenitores que se produce en las situaciones de crisis, se extienda también a las relaciones entre los hijos y los padres, como consecuencia de la falta de convivencia continua que es consecuencia ineludible de las crisis matrimoniales. Concretar el régimen de visitas, en ausencia de un acuerdo razonable y beneficioso para los hijos, es facultad discrecional del juez de instancia, que debe razonar adecuadamente las causas de la mayor o menor extensión del régimen de visitas, comunicación y estancias establecido, tal como las SSTS de 22 de mayo de 1993 y 17 de julio de 1995 han des-

tacado, en consonancia con la STC de 15 de julio de 1988 (n.º 150/88).

En el caso de autos el régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos establecido en la resolución, contempla el sistema ordinario de fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares, pero suprime la tarde semanal que fue fijada en el auto de medidas provisionales, sin que exista valoración negativa de su implantación para los hijos que, habida cuenta de la edad con la que cuentan, precisan de una mayor presencia de la figura paterna, máxime cuando por las actividades profesionales de la madre, que le obligan a permanecer en el gimnasio en el que trabaja varias tardes a la semana, los menores han de quedar al cuidado de terceras personas, mientras el padre cuenta con la posibilidad de atenderlos, cuando menos, en una tarde fija intersemanal, por lo que procede estimar parcialmente su pretensión en este extremo.

3.2. *Procede ampliar en una tarde intersemanal con pernocta el régimen normal de visitas y estancias que se fijó en favor del padre.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 22 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La parte recurrente impugna, en primer término, el régimen de visitas que concreta la sentencia de instancia, al entender que las relaciones paterno-filiales no quedan suficientemente garantizadas con las especificaciones del mismo, toda vez que el periodo de tiempo que transcurre entre las visitas durante el curso escolar, es excesivamente prolongado, sin que el contacto de una tarde intersemanal sin pernocta permita afianzar los vínculos necesarios entre el padre y el menor, por lo que solicita que se amplíe el régi-

men de fin de semana alterno a la noche del domingo, y se establezcan dos tardes intersemanales durante el curso escolar, con pernocta del menor en el domicilio paterno.

En el caso de autos es de apreciar que existe la predisposición de ambos litigantes para que la separación matrimonial perjudique en el menor grado posible al hijo común, nacido el 7 de agosto de 1992, y concurren circunstancias especiales que permiten que el padre dedique mayor atención al menor

que, con la edad que cuenta, precisa consolidar la imagen de la figura paterna, así como desterrar los miedos de pérdida del padre con el que no convive, que la psicología especializada ha señalado como principal problemática de los hijos de padres separados de la edad del menor, razones que aconsejan la ampliación del régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia, con cuya medida no estuvo en desacuerdo la representación de la esposa, si bien es de considerar

que la Sala entiende debidamente asegurada la relación paterno-filial con la dedicación del padre al hijo durante una tarde intersemanal y la correspondiente pernocta, pues el sistema propuesto por el recurrente conlleva un régimen de guarda prácticamente alternativo, que no es beneficioso para el menor, pues merma la necesidad de dotarle de un entorno estable, tanto a nivel de relaciones como formativo.

3.3. *Es procedente prohibir a la madre que salga del territorio español con su hija, si ésta ha obtenido otra resolución en su país de origen en la que se le atribuye la custodia de la misma.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Alvarez.

La sentencia dictada en la instancia atribuía la guarda y custodia de la hija menor al padre, estableciendo a favor de la madre el siguiente régimen de visitas: “la madre podrá estar con su hija una semana en Semana Santa, otra en Navidad y un mes en Verano, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares y con el preaviso de un mes, con la prohibición de que la menor salga de España en compañía de la madre. Contra dicha resolución la madre interpone recurso de apelación básicamente para que se le autorice a trasladar a la menor a Suecia durante los periodos de visitas.

Dicha pretensión debe desestimarse, en

el auto de octubre de 1992 se expresa que la madre trató de eludir la intervención de la justicia española, por lo que se trasladó a su país, fijando allí su residencia, habiendo obtenido en su país una resolución firme que le otorga la guarda y custodia de la menor. Si la madre se lleva a la niña a Suecia y decide no volver a España, estará amparada por dicha resolución, haciendo imposible la ejecución de las sentencias españolas. Este riesgo se evita con la prevención adoptada por la juzgadora de instancia, quien prohíbe a la madre salir de España con la hija, debiendo tenerse en cuenta que la madre ya incurrió una vez en fraude procesal, a la luz del ordenamiento jurídico español.

3.4. *Cuando el padre sufra alcoholismo procede fijar un régimen de visitas restrictivo.*

AP BURGOS, Sec. 3.^a, Sentencia de 5 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Picón Palacio.

Es evidente que los términos en los que se establece el derecho de visitas en la sentencia de separación —2 horas semanales los sábados y domingos alternos sin señalar por el momento periodo vacacional— puede calificarse de muchas maneras, salvo de amplio y generoso. Ello, que en principio es rechazable, debe, sin embargo, ser compartido por este Tribunal en el caso concreto, dadas las circunstancias concurrentes, entre las que se hallan la del alcoholismo que sufre el demandado, sus muy escasas preocupaciones anteriores por el cuidado de los hijos, descargando prácticamente todo el trabajo en la madre y el deseo de los hijos de no mantener amplias relaciones con el padre

debido a las relaciones habidas en el seno familiar.

Esos datos objetivos que se infieren de los autos hacen perfectamente plausible la sentencia de instancia, y llevan de la mano a la confirmación de este pronunciamiento, sobre todo bajo la idea de que si varían las circunstancias en que se adoptó, y especialmente se lleva a cabo la rehabilitación del padre en su consumo abusivo del alcohol, ya iniciado, y consigue consolidar la confianza con sus hijos en los términos que le conceden pueda ampliarse en un futuro su régimen de contacto con los hijos, de acuerdo con la doctrina del artículo 91 del Código Civil.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Si el único hijo del matrimonio se ha trasladado a residir con los abuelos maternos, no procede efectuar atribución del uso de la vivienda a la esposa.*

AP MALAGA, Sec. 5.^a, Sentencia de 25 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

La parte apelante solicita la revocación de la sentencia con respecto a la asignación del domicilio que fue conyugal, ya que entiendo que debe serle entregado a él en vez de a su esposa. Alega a tal propósito que el domicilio que fue sede de la familia es de la

propiedad de una hermana suya, y que su esposa e hijo no la habitan porque viven en otra localidad donde tienen su domicilio los padres de ella; y que sus ingresos han disminuido porque ya no tiene trabajo fijo como antes, en el Círculo de Lectores.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia apelada, alegando que las medidas ahora impugnadas fueron las mismas adoptadas originariamente como medidas provisionales, sin que tal acuerdo se impugnara por las partes; que el hecho de pertenecer la propiedad de la casa que fue vivienda de la familia a una hermana del apelante no constituye óbice para la asignación de su disfrute a la esposa e hijo.

La parte apelada se opone asimismo al recurso alegando que ya en la instancia quedó aclarado que el hijo vive con la madre en Málaga aunque a veces se desplaza a Benagalbón a casa de sus abuelos maternos.

Por lo que respecta al uso de la vivienda que fue residencia del matrimonio, el recurso debe prosperar. De lo actuado aparece la

conformidad del hoy apelante de que su hijo quede bajo la custodia de hecho de los abuelos maternos. Y asimismo se ha demostrado que de hecho dicho menor pasa la mayor parte del tiempo con ellos, hasta el punto de que asiste a la escuela de Benagalbón, y han sido sus abuelos los que le han conseguido el puesto escolar. Así pues, el interés del menor como criterio que a tenor de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil ha de inspirar la decisión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar no justifica su asignación a la esposa de dicha vivienda, más aún si se tiene en cuenta que dicho inmueble no forma parte del haber de la sociedad de gananciales sino que es de propiedad privada de una hermana del apelante.

2. *Procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la esposa aunque, por cuestiones de trabajo, durante la semana resida en otra ciudad distinta.*

AP CORDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 16 de marzo de 1998.

Ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.

Respecto a la atribución de la vivienda es claro que la sentencia debe ser confirmada pues el hecho de que la esposa tenga su trabajo en población distinta de esta capital no le impide poder pasar en la misma todos los fines de semana y las largas vacaciones de

que normalmente disfrutaban los profesores de EGB, máxime si se tiene en cuenta que tiene a su familia en Córdoba y además su lógico afán será conseguir destino en ella o en pueblo limítrofe.

3. *El art. 96 del CC no tiene una aplicación automática y en casos excepcionales permite conceder el uso de la vivienda al progenitor no custodio.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 14 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Sobre la pretensión relativa a la vivienda, cierto es que con carácter general, aunque no imperativo, el art. 96 del CC señala que el uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y cónyuge en cuya compañía queden, lo que no impide, en supuestos excepcionales resolver de otro modo si las circunstancias concretas, de orden material, personal y familiar aconsejan otra solución, si con ella no se perjudica el interés del menor, pues aplicar este precepto con un automatismo absoluto y con excesivo rigor conduciría en ocasiones a situaciones injustas y generadores de penurias económicas y de desigualdades entre los esposos, y ese no es el espíritu de la norma ni tampoco su finalidad y siendo ello así en supuestos en los que quien solicita la originaria vivienda familiar cuenta con una vivienda propia y libre de terceros y ocupada por su titular y apta con creces para cubrir su necesidad de alojamiento y la del hijo o hijos que con él convivan, siendo así que el otro cónyuge no cuenta con otra vivienda, es lo cierto que no se justifica entonces la solicitud de ocupación de la que constituyó sede familiar.

Así, consta que el apelado reside hace tiempo en una vivienda de su propiedad (Dúplex con dos plantas) en la localidad de Colmenarejo, adquirida en 1993; así lo reconoce en confesión el propio apelado (aunque dice vivir en Colmenar); por su parte, la esposa reside donde lo ha hecho siempre en la vivienda familiar en San Sebastián de los Reyes, sin que tenga otra alternativa al respecto, como la tiene el esposo.

No parece deducirse perjuicio alguno para el hijo el hecho de cambiar su residencia a la localidad donde el padre reside, en orden a sus estudios y su vida personal, ni consta que su deseo de vivir con su padre se condicione al lugar de residencia.

Así planteada la cuestión, entendiendo que el esposo tiene cubierta su necesidad de alojamiento, y también la de su hijo que pasa a vivir con él, no se justifica el otorgamiento del uso de la que fue vivienda familiar, en la que continuará la apelante, revocando en este apartado el auto dictado por el Juzgado.

4. *A pesar de que la vivienda admita división, no es procedente conceder el uso compartido a ambos cónyuges, ya que ello supone un potencial peligro de conflictividad familiar.*

AP AVILA, Sentencia de 14 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

El otro punto combativo de la sentencia de instancia lo centra el recurrente en la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija en cuya compañía ha quedado, y bien solicita que se le atribuya a él en exclusiva, como interés más necesitado de protección, o bien se decrete un uso compartido por permitirlo sus características arquitectónicas. El art. 96 del Código Civil dispone que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». De manera que tal atribución obedece a proteger a los hijos, siendo ese el interés más necesitado de protección, sin que pueda aplicarse al caso de autos el invocado art. 87 del propio Cuerpo legal, por requerir la aplicación de éste, primero, una de las finalidades en el mismo expuestas, a saber, la necesidad, el

intento de reconciliación o el interés de los hijos, y en segundo lugar, por tratarse de una norma que regula la compatibilidad del cese efectivo de la convivencia conyugal con una de dichas situaciones, aplicable al cómputo de los plazos fijados en los artículos 82 y 86 del Código civil, y en consecuencia, de fijación y consideración previa a la misma petición de separación matrimonial.

En otro orden de argumentaciones, la realidad social nos demuestra que el mantenimiento de situaciones de convivencia no deseadas, uso compartido de viviendas, o situaciones de potencial peligro de conflictividad familiar, no deben adoptarse, en pro de la pacífica convivencia que debe presidir las relaciones humanas, y visto ese potencial riesgo, deducido de la sentencia penal aportada, no puede accederse tampoco a esta segunda petición, por lo que debemos desestimar el recurso de apelación.

IV. PENSION ALIMENTICIA Y CONTRIBUCION A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *No procede fijar una cantidad para cada uno de los conceptos que integran la pensión alimenticia, sino una cantidad global por todos.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 15 de enero de 1998. **Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.**

La forma de pago de la prestación alimenticia, distribuyendo su contenido de forma estratificada, y separando las diversas partidas que integran el ámbito total de los alimentos en sentido amplio, con referencia singularizada al sustento, el vestido, la habitación, la sanidad o la educación, es una práctica habitual que ha generado múltiples problemas en la fase de ejecución, que se ha convertido en fuente de litigios interminables, razón por la que el criterio consolidado de esta Sala ha sido el de restringir tal forma de pago, para que se determine en una cifra total el importe de la obligación. Tal criterio ha sido el implantado por la ley catalana de alimentos entre parientes, que es más acorde con la realidad social que las vetustas prácticas que inspiran el primitivo pacto de las medidas provisionales, que ha sido recogido, en lo sustancial, por la sentencia impugnada. No hay que perder de vista que, tras la

separación de los progenitores, la responsabilidad primaria de lo que constituye el ámbito de lo alimenticio, corresponde al progenitor a cuyo cuidado quedan los menores, y debe ser éste quien distribuya los medios económicos de que disponga para la atención de las necesidades de los hijos, a las que el progenitor no custodio ha de contribuir con una cantidad cierta y precisa ajena los avatares circunstanciales de cada momento. Es elocuente que en el caso de autos, la mera variación del importe de unos recibos escolares, trastoca todo el sistema distributivo de los gastos de los menores, tal circunstancia se repetirá año tras año, en la medida que los hijos alcancen otras fases del sistema de enseñanza. Por tal razón, procede estimar parcialmente el recurso, y establecer una cantidad global a cargo del recurrente, que será administrada por la madre, titular de la guarda de los menores, en beneficio de los hijos.

2. *No se incurre en incongruencia extra petita si se fija una pensión alimenticia superior a la solicitada por la parte.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 28 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

El apelante impugna la sentencia de instancia por lo que se refiere a la cuantía de la pensión alimenticia, por haber incurrido la juzgadora en incongruencia *extrapetita*, al juzgar, cantidad superior a la solicitada.

A la vista de las circunstancias de hecho que han sido analizadas, han de ser examinadas las necesidades de los hijos comunes, y respecto a tal extremo es de considerar que la cantidad de 75.000 ptas. para cada uno de ellos es superior a los gastos reales de los mismos, en relación a la posición económica de la familia, ya que supera incluso el salario mínimo interprofesional, razón por la que procede moderar la cuantía establecida, aun

cuando debe rechazarse la incongruencia *extrapetita* alegada por el actor, toda vez que en materia de prestaciones de alimentos para los hijos, en ausencia de acuerdo entre las partes, corresponde al juzgador pronunciarse sobre la cuantía de los mismos, sin estar vinculado por las peticiones, en tal sentido, de los litigantes. La cuantía de la prestación, suficiente para dar cobertura a las necesidades de dos jóvenes que continúan su proceso de formación, ha de fijarse prudentemente, en la cantidad de 45.000 ptas. para cada uno de ellos, máxime cuando quedan con la madre en el derecho de uso del domicilio familiar, propiedad común de los esposos.

3. *No es causa para extinguir la pensión alimenticia la circunstancia de que el hijo se encuentre prestando el servicio militar.*

AP BURGOS, Sec. 3.^a, Sentencia de 16 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Picón Palacio.

El padre funda su pretensión en el hecho de la falta de necesidad del alimentista para seguir percibiendo los alimentos cuya prestación le fue impuesta judicialmente, pues su hijo mayor de edad está cumpliendo el servicio militar y percibe ingresos por su trabajo como camarero en diversos establecimientos.

En autos no hay pruebas de que el hijo mayor de edad, haya dejado de necesitar los

alimentos de su padre por las causas que por éste se invocan. Ciertamente, la prestación del servicio militar obligatorio no puede ser considerado como una forma de obtener ingresos o soslayar las necesidades de una persona dado que los ingresos que se obtienen en el mismo no tienen el carácter de retribución, en cuanto el servicio es una prestación personal obligatoria, y son muy escasos, de otra parte, el que el Estado proporcione a

quienes cumplen el servicio unas mínimas prestaciones, como vestido, comida y alojamiento, lo es como función del cumplimiento de las misiones que las Fuerzas Armadas cumplen en nuestro derecho, no con carácter universal, para satisfacer todas las necesidades —v.g., de vestido, donde se proporcionan uniformes, pero no ropa de calle. Por otra parte, la dedicación profesional, más o

menos continuada por el citado hijo a labores de camarero no se ha justificado en autos.

Correlato lógico de lo dicho es que el actor no ha justificado como le incumbe, de acuerdo con las reglas de aplicación de la carga de la prueba que se infieren del artículo 1214 del Código Civil, lo que afirma en su demanda y que, por ello, debe desestimarse, en el fondo, su pretensión.

4. *Procede limitar en un año la pensión alimenticia del hijo mayor de edad cuando ha quedado demostrada la dilación en la finalización de los estudios universitarios.*

AP LERIDA, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. M.^a Victoria Guinaldo López.

En el presente caso, el hijo mayor de edad (nacido el 23 de noviembre de 1973), 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 Juan Ramón y Oscar, que se hallan realizando estudios universitarios, el marido aportará mensualmente...”, pues bien, de la prueba practicada, tal y como describe la sentencia ahora recurrida, resulta que está matriculado en la “Escuela Universitaria P.”, 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 como 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, y, la matrícula, ambos solo durante el curso académico 98-99.

V. PENSION COMPENSATORIA

1. *La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital va mucho mas allá de episodios, más o menos estables, de afectividad y trato íntimo, y precisa unas características de permanencia en comunidad de vivencia e intereses, tanto personales como sociales y económicos.*

AP AVILA, Sentencia de 5 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús García García.

Invoca el recurrente, que la esposa vive maritalmente con otra persona, siendo causa de extinción de la pensión compensatoria, conforme dispone el art. 101.1 del C. Civil. Sin negar que si existe tal situación, puede darse lugar a la extinción de la pensión, el citado precepto legal y la doctrina de las Audiencias exige que tal situación sea estable, duradera y debiéndose apreciar la desaparición del desequilibrio a que la separación el divorcio dio lugar, lo que concuerda con el propio concepto que describe el art. 101 del C. Civil: «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

La SAP de Madrid de fecha 15 de Octubre de 1992 precisa que se requiere la prueba de esta convivencia de la que se infiera que estan unidos ambos, (el cónyuge y un tercero), por lazos de gran afecto, cuidándose ca-

da uno de las cosas del otro, compartiendo gastos comunes, creándose una apariencia que genera un estado familiar, conyugal, habitual, estable, no esporádico u ocasional, del que es paradigma el modelo matrimonial, con apariencia de la existencia de una intimidad sexual.

La interpretación del art. 101 del C. Civil va mucho mas allá de episodios, más o menos estables, de afectividad y trato íntimo, ya que precisa unas características de permanencia, en comunidad de vivencia e intereses, tanto personales como sociales y económicos, reveladores de una unión de características similares a la matrimonial.

En el supuesto de autos, es evidente que de las pruebas practicadas no se llega a la convicción de la Sala de la existencia de tales circunstancias extintivas del derecho que se concedió en la instancia que se comparte plenamente en la presente alzada.

2. *No procede conceder pensión compensatoria en el divorcio cuando el cónyuge renunció a la misma en el convenio regulador de separación, y ello a pesar de que hayan cambiado las circunstancias.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 27 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan M. Jiménez de Parga Gastón.

La pensión compensatoria por desequilibrio económico, sujeta a la concurrencia de los presupuestos del artículo 97 del Código Civil, debe ser desestimada, si se tiene en cuenta su carácter de derecho personal susceptible de ser renunciada por su carácter dispositivo, lo que aconteció en el convenio de separación matrimonial, de fecha 29 de mayo de 1992, ratificado judicialmente, en el que se renunció a tal prestación, dada la no

existencia de desequilibrio económico entre los esposos, al tiempo de la separación o ruptura del matrimonio, momento en el que debe originarse tal situación de desequilibrio, sin que proceda, cuatro años después de la separación, y en la causa de divorcio, solicitar por nuevas circunstancias tal prestación, que por renunciada en momento oportuno es inatendible en el presente proceso de divorcio.

3. *Si en el anterior procedimiento de separación no se recogía ninguna cláusula referente a la pensión compensatoria, no puede solicitarse la misma en el divorcio.*

AP LAS PALMAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana.

Se recurre la sentencia del Juzgado en lo relativo a la pensión compensatoria que fue denegada al haber sido renunciada su percepción en la previa sentencia de separación de mutuo acuerdo habida entre ambos cónyuges. Para resolver acerca de ello es preciso tener en cuenta, efectivamente, que con anterioridad al presente juicio de divorcio se siguió un juicio de separación de mutuo acuerdo entre las mismas partes, que concluyó con sentencia estimatoria de 27 de marzo de 1987. En el convenio regulador no se recogía nada acerca de una pensión compensatoria para la esposa.

Debe señalarse que, en orden a este aspecto derivado de las relaciones conyugales

y sujeto al principio dispositivo, tal omisión produce la eficacia de cosa juzgada, que dispone el art. 1252 CC, toda vez que, como el propio art. 97 establece, 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 en ese momento, el instante en que fue rota 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 art. 100 CC, son empero irrelevantes para crear ex novo el derecho al percibo de la pensión, que debe entenderse extinguido. 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 que esta pensión no es de naturaleza alimenticia, sino de carácter compensatorio, 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.

4. *No procede fijar pensión compensatoria cuando los cónyuges han estado separados de hecho durante 12 años.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 4 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira.

No puede desconocerse que los cónyuges se separaron de hecho en el año 1982, y así lo hicieron constar en la propuesta de convenio regulador firmada por ambos, y si bien es cierto que el mismo no llegó a ser aprobado en vía judicial y, por tanto, su contenido no puede vincular al Tribunal en lo que concierne a la renuncia hecha entonces por la esposa sobre la pensión por desequilibrio económico, extremo éste sobre el que los cónyuges se manifestaron en sentido negativo, no debe olvidarse que el derecho a devengar dicha pensión se anuda por el art. 97 del Código Civil a la realidad vigente en el momento de la separación o divorcio; *resultando, por tanto, improcedente plantear su reclamación después de haber transcurrido 12 años del cese efectivo de la convivencia matrimonial, durante los cuales cada uno de los esposos, llevó vida económica independiente ratificada además en este caso por la escri-*

tura de capitulaciones matrimoniales otorgada por aquellos en el año 1987, acordando el régimen de separación absoluta de bienes, y continuando con su autonomía patrimonial sin plantear ninguna situación de desequilibrio económico, como se hace en este momento por la esposa, aprovechando el cauce procesal del juicio de divorcio promovido por su cónyuge en marzo de 1994. Este criterio ha sido mantenido por reiteradas resoluciones de Audiencias Provinciales (AP Valencia de 2-4-1996, AP Pontevedra de 17-11-1995, AP Cantabria 24-9-1996, AP Cuenca de 25-3-1996) y acogido también por esta misma Sala en Sentencias de 30-4-1996 y 15-5-1997; siendo perfectamente aplicable al supuesto de autos, con el consiguiente rechazo de la petición deducida en este sentido por la hoy recurrente.

5. *Cuando el desequilibrio económico es meramente coyuntural y susceptible de ser superado en un tiempo prudencial procede fijar una pensión compensatoria temporal.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 4 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mirian de la Fuente García.

La esposa-apelante discrepa de la sentencia por entender que concurren circunstancias para que se fije la pensión compensatoria. Ha de señalarse que en el caso de autos se está en presencia de un matrimonio contraído el 21 de mayo de 1993, que la convivencia matrimonial no ha llegado a 3 años, del que han nacido dos hijos (una niña de 4 años y 10 meses y un niño de 21 meses de edad al día de hoy), que la esposa dejó su trabajo en otra agencia para colaborar en la empresa de su marido, que la esposa cuenta hoy con 31 años de edad, licenciada en ciencias de la información, Master Internacional de Estudios Europeos, domina un idioma extranjero, teniendo en consecuencia posibilidades objetivas de acceder al mercado de trabajo del que no lleva alejada demasiado tiempo.

Atendiendo a todas estas circunstancias tanto del esposo como de la esposa e hijos de conformidad con el artículo 97 del Código Civil la Sala aprecia datos importantes y re-

veladores que hacen suponer que la ruptura matrimonial haya originado a la esposa un desequilibrio económico meramente coyuntural y susceptible de ser superado en un tiempo prudencial y limitado cual es el plazo de un año. Es por ello por lo que en consecuencia la Sala, revocando en parte la sentencia de instancia ha de conceder la pensión compensatoria a favor de la esposa temporalmente durante el periodo de un año a contar desde la fecha de esta resolución periodo que se considera suficiente para que la esposa restablezca su situación a la vista de las circunstancias expuestas.

En méritos a lo argumentado procede estimar en parte el recurso de apelación revocando en parte la sentencia de instancia y fijando en concepto de pensión compensatoria a favor de la esposa la cantidad de 50.000 ptas. mensuales que deberán ser abonadas por el esposo durante el plazo de un año a contar desde la fecha de la presente resolución.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *El incidente de modificación de medidas provisionales debe sustanciarse por los trámites previstos en el art. 1900 de la LEC.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 20 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Isabel Cámara Martínez.

Con posterioridad a dictarse el auto de medidas provisionales, se instó por la esposa incidente de modificación de medidas provisionales que se resolvió por medio de auto, contra el que el esposo interpuso recurso de apelación. La Juez *a quo* no dio lugar a la admisión del referido recurso de apelación, por entender que habiéndose seguido para la sustanciación de la modificación de medidas provisionales, el mismo procedimiento que el seguido para su adopción, contra el auto que resuelve la repetida modificación, no cabe recurso alguno, sino que únicamente se podrá formular oposición en el plazo de ocho días, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La cuestión a la que en definitiva se circunscribe el presente recurso consiste en la determinación de si es procesalmente correcta y a derecho ajustada la tramitación seguida en la instancia procedimental en orden a la modificación de medidas provisionales, que no es otra sino la misma que se siguió para su adopción, conforme a lo previsto en los arts. 91 y Disposición Adicional Sexta, regla octava de la ley 30/81 de 7 de Julio que dispone específicamente que las ulteriores solicitudes de modificación de convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias tenidas en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción, o por el contrario, se debe acoger la tesis del hoy recurrente,

conforme a la cual debía haberse desenvuelto el proceso a tenor de lo previsto en el artículo 1893 en relación al 1900 de la LEC, que expresamente remite su regulación a los trámites y con los recursos de los incidentes, lo que exige estar a los siguientes elementos de valoración:

a) Las sentencias dictadas en un procedimiento de separación son recurribles en apelación en ambos efectos, suspensivo y devolutivo, de suerte que el efecto suspensivo del recurso de apelación implica que la sentencia no está llamada a ser ejecutiva en tanto no sea firme, esto es, en tanto no se dicte sentencia en segunda instancia resolviendo el recurso de apelación interpuesto.

b) En los procedimientos de crisis matrimonial los efectos de la situación derivada de la misma se regulan a través de las medidas provisionales —art. 102 y ss.— medidas que terminan cuando sean sustituidas por las de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.

c) De donde se sigue que las medidas provisionales están llamadas a desplegar toda su eficacia durante la tramitación del pleito principal, hasta que se dicte sentencia firme, en la que se establecen las medidas definitivas.

d) Podrá suceder que estas medidas provisionales, si existe apelación, puedan durar bastante tiempo, y que en su consecuencia, se hayan modificado sustancial-

mente las circunstancias que motivaron su adopción, y si bien en los arts. 102 a 106 del Código Civil, que tratan, según se ha expuesto, de las medidas provisionales no aparece ninguna referencia a la posible modificación de los acuerdos adoptados en éstas, no se puede dudar de su viabilidad a tenor de lo dispuesto en el art. 1893 de la LEC, que permite concluir, que las medidas provisionales son modificables antes de su eventual transformación en definitivas, modificación que claramente ha de basarse en hechos posteriores a su adopción, y que el procedimiento para tal modificación ha de acomodarse al modo y forma previsto en el art. 1900 de la LEC, esto es, con los trámites y recursos de los incidentes, lo que determina que el procedimiento de que se trata culmine por sen-

tencia, y que según dispone el art. 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta apelable en un efecto, no estando demás añadir, que la Sala opta por esta aplicación estricta de la ley, frente a lo dispuesto en la Disposición Sexta apartado 8.º de la ley 30/1981 de 7 de julio, criterio aplicado en la instancia procedimental, al relegar su tramitación a los arts. 1896 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, al mismo trámite que se siguió para su adopción, porque sin duda aquél, dota al procedimiento de unas más amplias garantías de los principios que informan nuestro sistema procesal civil, especialmente el de contradicción, defensa, y medios de impugnación.

2. *No es necesario demandar a los hijos mayores de edad en los procedimientos de modificación de medidas.*

AP BURGOS, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Picón Palacio.

La parte apelante impugna la sentencia de instancia, al entender que, en este tipo de procesos, no es aplicable la excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario; alegación que obliga al Tribunal a pronunciarse acerca de la pertinencia de dicha excepción.

Dicha cuestión debe resolverse sobre la base del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil, redactado con arreglo a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, y que determina que, como sucede en el caso de autos, si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

Redacción insatisfactoria donde la haya que ha dado lugar a dudas doctrinales y a vacilaciones jurisprudenciales, a las que no ha escapado este Tribunal, que, sin embargo ha establecido un criterio único en su aplicación y, a raíz de ello, ha sido interpretado el precepto por la Sala de manera unitaria — v.g., en las resoluciones 195, 342 y 594 de 1996—, como habilitador ex lego para los progenitores de la posibilidad de actuar en beneficio de los hijos mayores de edad que conviven en el hogar familiar y carecen de ingresos propios y suficientes, por entender que la ley ha tratado de evitar desamparar de los hijos mayores que, de hecho, viven bajo la guarda y protección de sus padres, y cuya situación, si no jurídicamente sí en la prácti-

ca, es asimilable en su necesidad y desamparo a los menores de edad, logrando que, con economía procesal, se resuelvan las consecuencias económicas de un conflicto matrimonial, y evitando que sea necesario reiterar procesos judiciales que en nada, en la mayor parte de los casos, facilita las relaciones inevitablemente deterioradas entre padres e hijos como consecuencia de ese conflicto al que la sentencia matrimonial trata de poner fin y sin que sea necesaria la intervención de los hijos en un juicio cuya legitimación —ex artículos 81 y 86 del Código Civil— sólo corresponde a los padres.

Establecido lo anterior, de acuerdo con el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal debe resolver negativamente la aplicación al caso de autos de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario aducida por la parte demandada y estimada en la sentencia de instancia, pues no es imprescindible demandar a los hijos comunes en los pleitos de modificación de medidas regidos por los mismos trámites y principios que el pleito donde se adoptaron aquellas, de acuerdo con lo prevenido en las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por dicha razón, si en el pleito matrimonial no es necesario demandar a los hijos mayores de edad cuando se fijen alimentos para ellos, no cabe que en una cuestión incidental derivada del mismo, regida por los mismos principios, deban necesariamente intervenir los hijos mayores de edad que no fueron parte, ni debieron serlo, en el pleito o cuestión principal, ya que ninguna norma permite alterar los términos del debate en su día correctamente constituido.

Ciertamente, la situación del mayor de edad puede verse alterada por la resolución

que se dicte en el proceso sobre modificación de medidas, pero ello, aunque pueda ser reprochable a la deficiente técnica legislativa de la ley 11/1990, no coloca necesariamente en una situación de indefensión material al citado hijo y aunque, se reitera, hubiera podido y debido arbitrarse otro mecanismo más satisfactorio. Y ello, de un lado, porque los intereses del hijo mayor de edad se hallan defendidos por la actuación de su progenitor con el que convive y que se puede, en virtud de la habilitación que el legislador le otorga, defender e interesar la adopción de las medidas —lo más o principal, en sentido dialéctico—, también debe gozar de esa misma habilitación cuando se trata de mantener esa medida —lo menos o secundario—; viene a ser, *mutatis mutandis* una situación semejante a la que se confiere al padre arrendatario que puede mantener la validez del inquilinato de un piso en el que convive un hijo mayor de edad, cuyo disfrute de la vivienda va a depender de la eficacia en la defensa de los derechos contractuales del padre.

De otro lado, la propia naturaleza de la medida que se puede adoptar, que no produce efectos de cosa juzgada en sentido material, y que por ello puede ser alterada en cualquier momento, de acuerdo con la doctrina general de los artículos 90, 97, 100, 146 y 147 del Código Civil y 1617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excusa la necesidad de que sea parte en el juicio el hijo mayor de edad, pues siempre podrá acudir a una vía procesal autónoma en defensa de sus derechos alimentarios, con lo que queda satisfecha la exigencia constitucional de no causar indefensión —SS. del TC 60/1983, de 6 de julio 1987/1990, de 26 de noviembre, y 158/1997, de 2 de octubre—.

3. *Procede condenar en costas al demandante de modificación de medidas cuando sus peticiones no sean estimadas.*

AP CORDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 10 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.

Reduce la parte recurrente su apelación al capítulo de las costas a cuyo pago en primera instancia ha sido condenado en la sentencia recurrida, sin que haya efectuado alegación suplente para poder desvirtuar la argumentación del Sr. Juez de Instancia en el fundamento jurídico tercero para justificar la expresa imposición, pues la misma parte recurrente ha reconocido que su pretensión era indefendible.

No puede respaldarse la costumbre cada vez más extendida de reiterar peticiones de modificación de medidas sin base alguna para ello, con las consiguientes consecuencias de saturación injustificada de la Administración de Justicia y provocación de unas costas a la contraparte, y por ello esta actitud ha de calificarse como auténtica temeridad.

4. *Procede declarar la nulidad de lo actuado si la diligencia de emplazamiento del demandado se realizó en el domicilio familiar que había abandonado hace tiempo.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 18 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Se viene a solicitar de la Sala por la parte apelante la declaración de nulidad de lo actuado en el procedimiento, y ello desde la diligencia de emplazamiento, que se efectuó a dicho litigante, en cuanto la misma se practicó en el que fuera domicilio conyugal, cuando constaba que el esposo no residía ya allí, entregándose, a mayor abundamiento, la cédula correspondiente a su hija, que es parte interesada en la *litis*, al reclamarse alimentos en su favor. El Letrado de la parte apelada se opone a la expresada pretensión anulatoria, aduciendo que le consta que el demandado ha tenido conocimiento del pleito a través de los hijos, con los que mantenía contacto.

Nuestro procedimiento civil se asienta, entre otros, sobre el principio de efectiva contradicción, lo que implica que el llamamiento a juicio del demandado debe ir acompañado de las máximas garantías posibles para que las pretensiones dirigidas contra el mismo lleguen a su conocimiento, dándole en consecuencia la posibilidad de intervenir en la *litis* para defender, si le conviniere, sus derechos. Así el Tribunal Constitucional viene a proclamar la trascendencia que adquiere, desde la perspectiva del derecho a no padecer indefensión que consagra el art. 24.1 de la Constitución, la corrección de todo llamamiento a juicio, de

suerte que de él depende el conocimiento por el interesado de la existencia del proceso y de su derecho de intervención en el mismo, con el consiguiente ejercicio de los derechos de defensa y contradicción (SS 29-11-90 y 13-12-90).

En el caso hoy sometido a la consideración del Tribunal han sido palmariamente conculcadas dichas garantías, dado que, a pesar de que en el encabezamiento del escrito rector del procedimiento se hace constar que el esposo tiene su domicilio en la calle B., sede de la vivienda conyugal, en el relato fáctico que contiene dicho escrito se manifiesta que el esposo, sin dar cuenta ni explicación alguna, se ha ausentado de dicho domicilio, sin que la esposa e hijos en ese momento tengan noticia exacta de su paradero, a pesar de lo cual la diligencia de emplazamiento se acaba por entender, con una de las hijas, en el referido inmueble, sin que la misma haga alegato alguno de la ausencia de dicho progenitor.

Una vez que fue dictado el auto de medidas provisionales, en la pieza separada co-

rrespondiente, y ante la petición de embargo a los efectos del cumplimiento de las obligaciones económicas allí plasmadas, la parte demandante, a requerimientos del Juzgado, facilita, por vez primera en todo el curso de la *litis*, el domicilio en que aquél reside habitualmente, en la localidad de Ll. y, por ende, distinto de aquél en que fue emplazado.

Sobre dichas bases, y no teniendo corroboración alguna los alegatos vertidos por el Sr. Letrado de la parte apelada en el acto de la vista del recurso, no puede por menos de concluirse en la infracción de lo al respecto prevenido en los artículos 261 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que atrae las ineludibles consecuencias anulatorias del artículo 279 de dicho texto legal y 238.3g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al prescindirse de normas esenciales del procedimiento, con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, que han producido efectiva indefensión al demandado.

5. *Si iniciado el inventario surgen discrepancias en cuando al carácter de los bienes puede plantearse un procedimiento declarativo para su determinación, si bien posteriormente deberá acudirse a los trámites de la partición para finalizar las operaciones y no a las normas de ejecución de sentencia.*

AP PALENCIA, Sentencia de 9 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José.

El art. 1410 del Código Civil remite para todo lo no contemplado en el antedicho artículo a las normas que sobre partición y liquidación de herencias se contienen en los arts. 1051 y siguientes del Código Civil, y asimismo dentro de estas últimas normas y en concreto en su art. 1059 se dice que para el caso de discordancia entre los herederos, en este caso debe entenderse que entre los

cónyuges, regirán supletoriamente las normas contenidas en la LEC, lo que debe entenderse como una remisión para la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales en supuesto de discordancia entre los cónyuges a las normas del juicio de testamento contenidas en los arts. 1057 y siguientes del Código Procesal vigente. En el presente supuesto la demanda en juicio de

menor cuantía ha sido planteada después de intentada por las partes en la ejecución de sentencia de separación el acuerdo para la formación del inventario y ello se ha hecho de forma correcta. Es cierto que nada hubiera obstado a que en la misma ejecución de sentencia de separación y una vez existente desacuerdo en cuanto qué partidas deben componer el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales se hubiera podido dilucidar la discordancia existente por el trámite de los incidentes para posteriormente realizar la partición de la sociedad conforme a las normas que como se dice están contenidas en el juicio de testamentaría, pero el no hacerlo así no supone ninguna irregularidad procesal, puesto que el juicio de menor cuantía en cuanto que en él se contienen trámites de alegación y prueba suficientes, proscribiera cualquier tipo de indefensión que pueda causarse a las partes, además de que en todo caso su pertinencia se desprende del art. 484 de la LEC. Problema distinto es si una vez que se dicte sentencia en el juicio de menor cuantía, en la cual se determine cuál ha de ser el inventario, esto es el activo y pasivo de la sociedad de gananciales, la ejecución de sentencia deberá de hacerse en la

forma que en el presente caso se solicita por la representación del esposo o deberán de seguirse las normas del juicio de testamentaría. La respuesta es que la partición y liquidación de la sociedad de gananciales se deberá de hacer conforme a estas últimas normas, es decir después de practicado el inventario deberá ser nombrado un contador partidario para que efectúe las oportunas operaciones de partición y liquidación, y observarse los trámites consecuentes a ello. Ello es así porque independientemente de que como ya se ha considerado el determinar qué bienes deben de pertenecer o no a la sociedad de gananciales puede hacerse bien a través del trámite de incidentes en ejecución de sentencia de separación o bien al juicio de menor cuantía, puesto que en todo caso se está resolviendo sobre cuestiones concretas y con un valor concreto, la liquidación afecta a las normas del juicio de testamentaría y lo es así por el propio contenido del art. 1059 del Código Civil que así lo establece y que en el presente caso es el que debe seguirse una vez producida la discordancia entre las partes de la que es prueba patente en el presente pleito.

6. *Si tras la petición de cambio de procedimiento uno de los cónyuges no se ratifica en el convenio, procede continuar el procedimiento contencioso.*

AP LERIDA, Sec. 1.^a, Auto de 10 de julio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. M.^a Victoria Guinaldo López.

En el apartado k) de la Disp. 5.^a, se dice: En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en la Disp. Adic. 6.^a, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por estos trámites que en la misma se establecen y en el apartado a) de la citada disposición que el juez en el plazo que legalmente se señala, requerirá a las partes para que se ratifiquen por separado,

para añadir el apartado 5, que la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud revestirá la forma de auto y el de la inadmisión será recurrible en apelación dentro del plazo de cinco días. Por tanto, conforme el apartado k) de la Disp. Adic. 5.^a de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en cualquier momento del proceso contencioso las partes pueden solicitar que se continúe por los trámites de la Disp. Adic. 6.^a

Ocurre sin embargo en algunas ocasiones, como es el caso presente, que los cónyuges, o alguno de ellos, no ratifican ulteriormente tal petición consensual, surgiendo entonces la problemática procesal concerniente a si el procedimiento debe ser archivado, por mor de lo prevenido en el apartado 5 de la Disp. Adic. 6.^a, quedando no obstante a las partes la posibilidad de entablar una nueva *litis* contenciosa, o si por el contrario, ante la falta de ratificación debe continuar el procedimiento bajo los trámites de la Disp. Adic. 5.^a.

La solución primera puede encontrar apoyo en el argumento que precisamente refleja la resolución recurrida, esto es, que si bien está previsto la transformación de la *litis* contenciosa al mutuo acuerdo, la ley no regula la hipótesis contraria y, por ende, el retorno al inicial procedimiento de la Disp. Adic. 5.^a, cuando se ha frustrado por falta de ratificación de alguna de las partes, el cambio propugnado. Ahora bien, cabe preguntarse si la solicitud de cambio conforme a lo prevenido en el apartado k) de la Disp. Adic. 5.^a implica, por sí sola, la mutación del procedimiento o, por el contrario no opera hasta la efectiva ratificación. *Y es evidente que el Auto acordando la transformación procedimental no se dicta hasta que los cónyuges no han manifestado, en comparecencia ante el Juzgado, su voluntad conforme con el nuevo iter procesal y el convenio propuesto, por lo que hasta que ello no se produzca, entendemos que el inicial procedimiento contencioso ha quedado simplemente en suspenso, condicionado al último trámite de ratificación que, en caso positivo, determinará pa-*

*sar al procedimiento que regula la Disp. Adic. 6.^a y en el supuesto contrario, no el volver a la *litis* contradictoria, desde la consensual, sino continuar la primera que quedó interrumpida en la forma antedicha, pero nunca transformada, con lo que no existirán los obstáculos expresados de impedimento procesal de pasar de la Disp. Adic. 6.^a a la 5.^a, pues no se ha llegado efectivamente a la primera. Solución ésta que viene además fundada por razones de economía procesal, en cuanto conforme a la misma repugnaría volver a replantear, en los mismos términos, una *litis* que ya estaba perfectamente configurada y en ocasiones en avanzado estado de tramitación; otra cosa sería dejar en manos de uno de los litigantes la suerte de la *litis*, piénsese en la hipótesis, siempre posible, de que una de las partes haya accedido inicialmente al cambio de procedimiento con el único fin de dilatar el mismo, al no ser su intención ratificarse en la solicitud consensual; de llegarse a la solución que contempla el Auto ahora recurrido, se estaría amparando una conducta de claro abuso de derecho no protegida legalmente, conforme a las claras prescripciones del apartado 2.^o del art. 7.^o del CC.*

Por todo ello, no habiéndose producido una efectiva transformación del procedimiento inicial contencioso al del mutuo acuerdo, el primero quedó en suspenso y procede continuar reabriéndose en el momento procesal en el que se encontraba al tiempo de la suspensión, esto es, el período para la proposición y práctica de la prueba.

VII. EJECUCION DE SENTENCIAS

1. *No puede dejarse sin efecto la ejecución de una sentencia firme porque al mismo tiempo se esté tramitando un procedimiento de divorcio en el que se solicita la modificación de medidas.*

AP MALAGA, Sec. 5.^a, Auto de 26 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María José Torres Cuéllar.

El presente recurso se dirige a la impugnación del auto que fija, conforme a la sentencia de separación firme de cuya ejecución dimana la apelación, la cantidad que el demandado debe a la contraparte por atrasos en el pago de la pensión y por otros conceptos a que fue condenado, y se funda para apoyar su pretensión revocatoria, como ya hiciera en la instancia, en las grandes dificultades que tenía para hacer frente a esos pagos, dada la precaria situación económica por la atravesaba y la mutación sustancial de las circunstancias, cuya realidad fue acreditada en el procedimiento de divorcio que entonces se tramitaba, ya concluido con sentencia que estimando su pretensión modificó las medidas cuya ejecución se instó, y que desafortunadamente por la lentitud de los procedimientos judiciales es ahora cuando se evidencia la justa petición de que se resolviera no haber lugar a la ejecución.

Por el contrario, tanto el apelado como el Ministerio Fiscal sostienen lo acertado de lo por el Juez acordado, ante el ineludible mandato de ejecutar y cumplir las sentencias firmes, siendo así procedente la condena al pago que en la resolución se contiene.

Argumentación ésta que es suficiente junto con que se vulnera el art. 18 de la LOPJ cuando las sentencias no se ejecutan en sus propios términos. El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha reconocido el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales en sus propios términos como formando parte del contenido del artículo 24.1 de la CE, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan no serían más que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SS del TC de 19 y 28-VII-1993), por lo que las alegaciones vertidas por el recurrente al explicar y desarrollar sus argumentos de defensa son inadmisibles y deben rechazarse; pues su finalidad no es otra que impedir que la resolución recurrida se ajuste a las declaraciones y disposiciones que la sentencia a ejecutar contiene, cuyo cumplimiento vincula a los contendientes y al mismo juzgador respetando totalmente sus mandatos, sin que en su ejecución se pueda efectuar ninguna modificación, rectificación ni aplicar consecuencias correspondientes a otra sentencia cuyas decisiones se hubiesen acomodado a hechos distintos de los en ella contemplados.

2. *No procede compensar la deuda por impago de las cargas del matrimonio con la cantidad que la esposa pudiera haber dispuesto utilizando una tarjeta de crédito.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 27 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Isabel Cámara Martínez.

Se plantea en esta alzada, una única cuestión muy concreta, cual es, la de determinar si la deuda de 794.640 ptas. correspondiente a los meses de agosto a octubre de 1995 y noviembre de 1995 a junio de 1996, que el demandado mantiene con su esposa, en virtud de auto de medidas provisionales de separación de fecha 7 de octubre de 1994, y en concepto de cargas matrimoniales de 70.000 ptas./mes, es compensable o no, con la cantidad dineraria que la esposa reconoció ante el Juzgado de Instrucción núm. 31 de Barcelona haber destinado a pagos personales, haciendo uso de una tarjeta Visa oro con cargo a una cuenta corriente de una sociedad privada que contaba, entre otros socios con los esposos.

Ello sentado, procede examinar dos cuestiones: a) si la pensión de que se trata es susceptible de compensación, y b) para el caso que ello fuera así, si concurren los presupuestos exigibles para otorgar viabilidad a esa posible compensación que se alega.

En orden a la primera cuestión, debe efectuarse la distinción de débitos pendientes en concepto de prestaciones alimenticias en beneficio de los hijos, que son inoponibles como mecanismo compensatorio, por cuanto de admitirse serían aquellos los propios afectados, de los que se establecen en concepto de pensión compensatoria que al estar sometidos a las reglas generales personales sí son susceptibles de compensación. Y finalmente, tratándose de pensión alimenticia a favor del consorte, se ha distinguir a tenor de lo prevenido en el art. 151 del CC, entre el derecho a alimentos, al que se refiere el párrafo primero, y que taxativamente establece

que no puede operar la compensación, del párrafo segundo relativo a la pensión de alimentos en el que expresamente posibilita la compensación y renuncia de pensiones alimenticias atrasadas.

En lo que concierne a la segunda cuestión, se ha de señalar que según previene el art. 1195 del Código Civil, la compensación tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, son acreedoras y deudoras la una de la otra, y los requisitos indispensables para que opere se contienen en esencia en el art. 1196 del Código Civil, debiéndose distinguir aquellos de naturaleza subjetiva, consistentes en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de relaciones principales, de los de carácter objetivo, pues ha de tratarse de débitos homogéneos y líquidos, exigencia ésta que se traduce en la necesidad de que la prestación esté determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el medio extintivo.

Pues bien, contemplando tales postulados al caso que nos ocupa, es de concluir por la Sala que, reconduciéndose el objeto de la reclamación planteada al concepto de cargas familiares, destinado a regular las denominadas medidas provisionales ex art. 103 del Código Civil, y que contiene una decisión de contenido económico de carácter global, que fija la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, esto es, el conjunto de obligaciones de signo pecuniario abocado a mantener la integridad del patrimonio conyugal, así como los alimentos para los hijos y en su caso, al cónyuge en cuya compañía queden aquellos, resulta obvio que habiendo quedado afectados los derechos alimenticios

por las pensiones atrasadas en cuestión, a favor de la hija común de los litigantes, es ya, lógicamente, motivo bastante, para no acoger la pretensión del hoy recurrente, pero además se puede añadir, otro más, y es que con independencia de ello, tampoco concurren los presupuestos exigibles del art. 1196 del Código Civil, para otorgar viabilidad al mecanismo compensatorio que se pretende, ante la ausencia de los elementos fácticos

precisos para ello, pues además de sostenerse la compensación invocada en una deuda que la esposa ostenta frente a la sociedad de la que los litigantes son a su vez socios, que no frente al demandado, ni siquiera está judicialmente reconocida y cuantitativamente precisada, todo lo cual conlleva a respetar íntegramente el criterio fijado en la instancia procedimental, con plena desestimación del recurso interpuesto.

3. *Es procedente la reclamación de atrasos por actualización de la pensión alimenticia.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Auto de 25 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Flórez Menéndez.

La esposa solicitó del Juzgado la actualización de la pensión alimenticia, reclamando al mismo tiempo los atrasos que por tal concepto se hubiesen podido devengar, desestimando su pretensión el juzgado de Instancia.

Aun conociendo las razones por las que se ha mantenido la doctrina contraria (AP Guipúzcoa A 4 Nov. 1993, AP Huesca A 6 Jul. 1994 y AP Sevilla A 10 Nov. 1995, entre otras), esta Sala estima que ninguna de ellas es concluyente en orden a hacer inviable pretensiones de esta naturaleza, como ya quedó apuntado en nuestro A 12 Jul. 1995. *Cuando la actualización de la prestación está acordada en la sentencia de separación o divorcio con expresa referencia a un índice objetivo y fácilmente cognoscible por los interesados, así como con clara indicación el plazo de aplicación y demás requisitos necesarios, debe prevalecer sobre todas las razones aludidas el hecho de que la actualización ya está ordenada por una resolución judicial firme, por lo que el obligado al pago debe realizarla cada año sin necesidad de un nuevo*

mandato judicial y la deuda, en la nueva cuantía procedente, es líquida por naturaleza en tanto que a la determinación de su importe se llega mediante simples operaciones aritméticas. Cumpliéndose todas estas condiciones, el devengo de la pensión actualizada se produce ex tunc y la intervención judicial que pueda hacerse necesaria por la desconformidad del obligado no tiene otro alcance que un pronunciamiento meramente declarativo, no siendo constitutiva de la revisión que, en otro caso, se produciría siempre en perjuicio del perceptor de la pensión. De igual manera, mientras no conste claramente la voluntad del perceptor en sentido contrario, los pagos anteriores a su reclamación han de considerarse parciales y no implican renuncia, pues otra cosa sería equivalente en la práctica a una abreviación del plazo de prescripción, cosa que pugna no sólo con la naturaleza de este instituto, sino con el interés de la familia favorable a la mayor efectividad de la cláusula de actualización. Todos estos razonamientos son conformes con los principios generales en materia de obligaciones y no contradictorios con el art.

148.1 CC, puesto que dicha norma se refiere al momento del devengo de la prestación básica, dando por supuesta la inexistencia de una resolución judicial previa, y aun así confiere a ésta una cierta eficacia retroactiva. Tampoco hay contradicción con el criterio del TS en S. de 23 de junio de 1986, ya que la misma se produce en otro sector bien diferente del ordenamiento jurídico, como son los arrendamientos urbanos, y en aplicación de una norma como el art. 101 LAU (TR 1964) que subordina la eficacia de la actualización de las rentas al cumplimiento por el arrendador de determinados requisitos procedimentales, aquí inexistentes, y que expresamente niega la retroactividad de la revisión. En consecuencia la prescripción quin-

quenal del art. 1996.1 CC es el único límite a este tipo de reclamaciones y, por ello, la aquí examinada habrá de estimarse parcialmente, para el periodo que va desde el mes de diciembre de 1990 hasta el final del año 1993, puesto que no se formula reclamación en relación con las pensiones del año 1994 y posteriores que, al parecer, fueron ya abonadas con el importe actualizado. En consecuencia, procederá estimar en parte el recurso, declarando la obligación del recurrido de abonar las cantidades correspondientes, que habrán de determinarse en ejecución de esta resolución, concediendo al mismo la oportunidad de acreditar sus alegaciones sobre los hechos relevantes al respecto, en particular la cuantía de los pagos que tiene alegados.

4. *El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar las pensiones impagadas. Los pagos de la pensión realizados directamente a los hijos no tienen efectos liberatorios de la obligación.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 17 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

El demandado recurrente, entre otros motivos, basa su impugnación en la falta de legitimación de la actora para reclamar los atrasos en nombre de los hijos mayores y la realización de pagos directos de la pensión a una de las hijas. Dichos motivos no pueden tener acogida, dado que tras la reforma del artículo 93 del CC por la Ley 10/1990, de 15 de noviembre quedó perfectamente definido que la legitimación única para reclamar, en los litigios de naturaleza matrimonial, la contribución a los alimentos para los hijos del progenitor con el que no conviven tras la separación o el divorcio, corresponde al cónyuge que los tiene a su cargo, aun cuando los

hijos hubiesen alcanzado la mayoría de edad, siempre que subsistan los dos requisitos que el precepto establece: a) la dependencia económica de la familia, por ausencia de recursos, y b) la subsistencia de la convivencia con el progenitor con quien quedaron tras la separación. Ha de entenderse con ello que la ejecutante está ejercitando un derecho propio, y no de los hijos, por subrogación en el derecho de éstos, y por ello son ineficaces e inoportunos para la vigencia del derecho los posibles acuerdos que hayan podido alcanzarse con los hijos, sin que puedan compensarse tampoco las prestaciones económicas satisfechas directamente a los mismos que,

aun en el caso de que se hubieran acreditado, no cumplen la finalidad de resarcir al progenitor que los tiene a su cargo por la prestación directa e inmediata de alimentos, y deben ser considerados como naturales actos

de liberalidad entre el padre y los hijos independientes de la obligación de pago de la contribución alimenticia en la forma establecida.

5. *No procede dejar sin efecto la ejecución por impago de pensiones aunque hayan cambiado las circunstancias del deudor.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 7 de mayo de 1998.

Ponente Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

En el acto de la vista la parte apelante, ha interesado que se deje sin efecto el embargo que viene acordado, vista la falta de medios económicos para hacer frente a la deuda contraída.

Aún aceptando la posibilidad de que el apelante haya contraído nuevo matrimonio según se deduce, aunque no fehacientemente,

de la certificación de nacimiento de la nueva hija, es lo cierto que no constituye motivo para dejar sin efecto tal medida el hecho de que el apelante carezca de medios lo que deberá acreditar en el correspondiente procedimiento de Modificación de Medidas, y mientras tanto es preciso hacer cumplir y ejecutar la sentencia en sus propios términos.

6. *No cabe acudir al incidente previsto en el art. 937 de la LEC, cuando se ha instado la ejecución por impago de pensiones.*

AP MALAGA, Sec. 5.^a, Auto de 16 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

El apelante alega que en la ejecutoria de la sentencia de separación conyugal surgió cuestión sobre el pago de la pensión alimenticia fijada a su cargo a favor de sus hijas, suscitada por su parte por entender que al ser las dos hijas mayores de edad e independientes económicamente, ya no estaba obligado a su manutención, cuestión incidental que debió tramitarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 937 de la Ley de Enjuiciamien-

to Civil, y sin embargo el Juzgado *a quo* ha denegado dar trámite al incidente, prosiguiendo la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 921 de la misma Ley Procesal, lo que le ha producido indefensión.

Que la esposa al pedir la ejecución de la sentencia de separación obra de mala fe para obtener un enriquecimiento injusto. Que además hay discrepancias entre lo pedido

por la esposa y lo acordado por el Juzgado, lo que revela que la cantidad reclamada no es líquida.

El recurso no puede prosperar. La petición de ejecución tiene por objeto periodos de tiempo determinados de forma indubitada y por cuantía mensual también conocida, por lo cual no puede admitirse que la cantidad reclamada sea ilíquida. Otra cuestión es la relativa a la revalorización con carácter retroactivo de las pensiones atrasadas, para cuya efectividad el Juzgado de instancia ha tomado las providencias oportunas, y además no constituyen objeto del presente recurso. Así pues no puede apreciarse infracción alguna de las normas procesales cuando el Juzgado se niega a admitir un incidente, en la presente ejecutoria, promovido bajo la pretensión de que la cantidad reclamada es ilíquida.

Lo que sí se trasluce a través del incidente es la negativa del marido y padre a abonar las pensiones de las hijas que dejó insatisfechas en su momento, alegando que ya no tie-

ne obligación de satisfacerlas. Y a tal respecto es de considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el reformado artículo 93 del Código Civil, la llegada a la mayoría de edad de los hijos no significa la extinción automática del derecho a percibir la pensión alimenticia acordada en pleito de separación o divorcio, sino que se requiere la comprobación de la real situación de independencia económica, y el procedimiento para comprobar tales extremos y hacer valer la extinción de la obligación referida es el de modificación de medidas de separación y divorcio previsto en el párrafo penúltimo del artículo 90 del Código Civil, cuando han sido adoptadas en virtud de convenio estipulado entre los cónyuges separados, o en el 91 del mismo Código en los demás casos, en relación con la regla 8.ª de la disposición transitoria sexta de la Ley 30/81 de 7 de Julio sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil. Por tanto resulta extemporáneo el planteamiento de tales modificaciones dentro de la fase ejecutiva de la sentencia de separación.

7. *El progenitor que convive con los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar el pago de las mensualidades impagadas.*

AP MALAGA, Sec. 5.ª, Auto de 16 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Fernández Ballesta.

Alega el apelante que la esposa carece de legitimación para formular la presente petición de ejecución, porque se trata de alimentos de las hijas del matrimonio y éstas son ya mayores. Y por otra parte ya hay sentencia de divorcio, y precisamente después de esta resolución es cuando la esposa se ha acordado de pedir judicialmente la ejecución de la sentencia de divorcio.

Por lo que respecta a la legitimación de la esposa separada para instar la ejecución de

sentencia, como hace ver el Juzgador *a quo* de la resolución impugnada, la tiene la actora en su condición de parte en el pleito cuya ejecución insta y la conserva mientras no se modifique formalmente el acuerdo por el que quedaron a su cargo las hijas del matrimonio la consiguiente obligación del esposo de abonar a la esposa las cantidades destinadas al sustento de aquella.

La Jurisprudencia tiene establecido que en los procedimientos de modificación de

medidas, cuando la demanda puede afectar a hijos que ya han alcanzado la mayoría de edad, deben estos ser demandados conjuntamente con el cónyuge que los tiene a su cargo; pero no al contrario, pues tratándose de

actuaciones beneficiosas para los hijos que conviven con uno de los padres separados, no se precisa que estos accionen por sí o conjuntamente con el ascendiente en cuya custodia quedaron a raíz de la separación.

8. *Es procedente la reclamación por atrasos de actualizaciones de los últimos cinco años.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 18 de mayo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mirian de la Fuente García.

En el acto de la vista la parte apelante con revocación del auto de 7 de noviembre de 1996 interesa se declare la improcedencia de la reclamación por atrasos derivados de las actualizaciones correspondientes a la pensión por ser imposible la reclamación retroactiva de tales atrasos.

La petición del recurrente debe desestimarse por carecer de toda apoyatura legal y jurídica por cuanto que es posible reclamar (con carácter retroactivo) los derechos que son y están vigentes por razón del periodo a que se contrae la solicitud de la parte contraria; así en su demanda reclama expresamente los atrasos tanto de la pensión como de la actualización de la misma por los últimos 5 años es decir desde enero de 1991 hasta diciembre de 1995, reconociendo que por imperativo del artículo 1966 del Código Civil no procede retrotraerse en el tiempo en esta materia que nos ocupa más allá de 5 años desde la reclamación porque la deuda ya ha prescrito. En efecto, la demanda se interpone en diciembre de 1.995 y respecto de las pensiones y actualizaciones devengadas tiempo atrás no van más allá de los 5 años y posteriormente, incoado ya el procedimiento el demandado reincide en su incumplimiento por lo que la parte actora reitera su reclama-

ción abarcando además las nuevas cantidades adeudadas.

No puede olvidar la parte apelante que el artículo 1966 del Código Civil no distingue entre las reclamaciones por pensiones devengadas y no satisfechas y aquellas otras reclamaciones que tienen su origen en los atrasos en la actualización de las pensiones ya devengadas, con tal de que una y otra se formulen antes de la fecha del momento de la prescripción.

Y es que en definitiva afirmar lo contrario es decir denegar la reclamación sería tanto como amparar el abuso de derecho y transgredir el principio de la buena fe, olvidando los postulados del artículo 7 del Código Civil, e incluso permitiendo un enriquecimiento injusto a favor del obligado al pago. Por ello no es posible aceptar la tesis de la parte apelante, basada en una jurisprudencia no aplicable al presente supuesto y pensada y nacida para dar cobertura a otras situaciones y posiciones jurídicas derivadas de concretas relaciones contractuales.

La sentencia de divorcio habrá de cumplirse en sus propios términos y el apelante debió en su momento actualizar en cada periodo y de modo automático la cantidad señalada como pensión, sin dar lugar a originar tales atrasos por este concepto.

9. *Si se fijó una cantidad global para la esposa e hijos, para su individualización será de aplicación lo dispuesto en los arts. 1137 y 1138 del Código Civil, y por tanto el crédito se presumirá dividido en tantas partes iguales como acreedores haya.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 12 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Habiéndose fijado en la sentencia una cantidad global para la esposa e hijos, surge en ejecución de sentencia la cuestión de su individualización habida cuenta que los hijos han ido alcanzando la mayoría de edad y la independencia económica.

Siendo la expuesta la finalidad de la obligación sancionada es obvio que la misma no puede permanecer incólume, cual pretende la esposa, al ir alcanzando sucesivamente los hijos la mayoría de edad, o en su caso la independencia económica, en cuanto ello supondría eludir las terminantes prescripciones del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, abocando la ejecución, en los términos que dicha litigante pretende, hacia un prohibido enriquecimiento sin causa, que no puede consagrarse tampoco a través de la dilación procesal apuntada, en cuanto en la fase de ejecución de sentencia es perfectamente viable la extinción de la prestación de alimentos, al desaparecer las bases legales

en las que ha de asentarse la obligación, sin necesidad de tener que acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

Tampoco ofrece fundamento alguno el *petitum* subsidiario deducido por la referida apelante en orden a la división al 50% de la suma originariamente concedida, pues ello no encuentra refrendo alguno en la sentencia de cuya ejecución tratamos, que, *al no disponer criterio alguno de desglose o individualización de aquélla, ha de derivar necesariamente hacia la aplicación de las prescripciones de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, a cuyo tenor si del texto de la obligación no resulta otra cosa, el crédito se presumirá dividido en tantas partes iguales como acreedores haya.*

En conclusión la pensión correspondiente a la esposa y a los 4 hijos menores a los que afectaba el antedicho pronunciamiento económico global, ha de entenderse desglosada en la suma de 12.000 ptas. mensuales para cada uno de dichos beneficiarios.

10. *La resolución ejecutiva que fija los atrasos puede adoptar la forma de providencia y no la de auto, puesto que no se hace necesario fundamentar el pronunciamiento ejecutivo.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 12 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Solicita la parte apelante la revocación del auto, en relación con la providencia de 12 de julio de 1996, en cuanto ésta debió revestir la forma de auto, por lo que procede declarar su nulidad, retro trayendo las actua-

ciones y resolviéndose, por el Juzgador *a quo*, a tenor de dicha correcta forma.

El recurso formulado contra el auto, no tiene consistencia legal alguna, dado que, con independencia de la suma mensual que

habrá de abonarse y de los posibles atrasos a agregar, nos encontramos en fase de ejecución de una sentencia firme, lo que permite la aplicación del mecanismo prevenido en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que excluye obviamente la necesidad de fundamentar el pronunciamiento ejecutivo, en cuanto dimanante de una sentencia firme,

lo que hace inaplicable al caso, como bien se expone en la resolución impugnada, las previsiones del artículo 245.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habiendo de estarse, por el contrario, al apartado c) de dicho precepto, en cuanto no se trataba sino de ordenar materialmente el proceso.

VIII. REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL

1. *La atribución del uso de la vivienda no puede considerarse como una carga del inmueble a efectos de su valoración en el procedimiento liquidatorio de la sociedad de gananciales.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

Se pretende por el hoy apelante que no se valore la atribución de uso del que fue domicilio conyugal, al que el Juez *a quo* ha privado de carácter usufructuario, proponiendo la valoración de esa circunstancia a la hora de tasar el inmueble. En efecto, ha de tenerse en cuenta que, si se atribuyó en uso a uno de los cónyuges e hijos un inmueble que era común antes de la liquidación y posteriormente ese bien se le adjudica como privativo mientras que el otro litigante recibe distintos bienes, o dinero en metálico, con los que no habrá de atenderse al alojamiento familiar, a partir de la efectiva liquidación sólo una de las partes va a atender esa carga, el adjudicatario del bien. En principio, un modo de evitar el desequilibrio que podría derivarse de la liquidación sería valorar, en el propio trámite liquidatorio de los bienes comunes, el derecho de uso como un gravamen que pesa sobre la vivienda familiar, pero tal vía ha sido descarta-

da por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al menos para aquellos casos en que la liquidación se lleve de forma contenciosa, (SS.TS. de 23 de diciembre de 1993 y 29 de abril de 1994) rechazándose las pretensiones deducidas y adjudicatarios de derechos de uso sobre la vivienda familiar que postulaban la valoración de ese derecho como “carga del inmueble” de modo tal que redundara en una disminución del valor neto del bien definitivamente adjudicado. El Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 1994, viene indirectamente a proponer, que tras la resolución de la liquidación se acuda al incidente regulado en los artículos 90 y 91 del CC. Por tanto ha de estimarse el recurso interpuesto por la parte apelante en cuanto que no corresponde dar valor económico en este procedimiento al derecho de uso de la hija y la madre.

2. *La indemnización por despido tiene carácter privativo en su totalidad si surgió con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.^a, Sentencia de 13 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós.

Conforme dispone el artículo 1392 del Código Civil, la sociedad de gananciales se extingue cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges. En el supuesto de autos ambas partes obtuvieron sentencia de separación el 18 de Junio de 1992, liquidándose la sociedad conyugal existente. *La pretensión de la recurrente de que la indemnización percibida por el apelado como consecuencia del despido laboral producido en noviembre de 1995 sea considerado ganancial en la parte correspondiente al periodo de convivencia conyugal y que se proceda a su devengo a favor de la actora, tendría únicamente sentido si la indemnización se produjera constante el matrimonio (art. 37.2 de la Compilación de Derecho Civil de Ara-*

gón), pero en modo alguno una vez sea disuelto el régimen económico matrimonial (art. 95 del Código Civil), por cuando no puede olvidarse que la indemnización por despido viene a servir de remedio y es un modo de compensar la eventual pérdida de trabajo con la consiguiente merma patrimonial en el trabajador todo ello al margen de que para fijar su quantum haya de tenerse en cuenta el periodo de trabajo o servicios prestados. A mayor abundamiento el salario obtenido por cada cónyuge una vez practicada la liquidación de la sociedad conyugal deja de tener la naturaleza de común, por todo ello procede confirmar la sentencia de instancia desestimándose el recurso.

3. *Tiene carácter ganancial el importe de la donación efectuada por el padre del esposo para la creación del negocio familiar. En cambio no tiene tal carácter la cantidad donada por el padre de la esposa mediante un ingreso en una cuenta en la que figuraba como cotitular otra hermana de ésta.*

AP PALENCIA, Sentencia de 9 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José.

Solicita el esposo recurrente que se incluya en el activo de la sociedad de gananciales la cantidad de 8 millones de pesetas donados por el padre de la esposa e ingresados en una cuenta que ésta tenía en el BCHA. El art.

1353 del Código Civil afirma que los bienes donados a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes constante la sociedad, se entenderán gananciales, y la cuestión que se plantea es si en el presente

caso tal donación se produjo de forma conjunta a ambos cónyuges o no. No existe prueba en las actuaciones ni testifical ni documental que acredite que la citada cantidad fue entregada única y exclusivamente como bien privativo a la esposa por su padre, debiendo de hacerse la valoración probatoria acerca de quién fue el beneficiario de la donación realizada por el padre de la esposa a través de la prueba indirecta que sí que consta, y de la que se desprende que la voluntad de este último fue únicamente la de donar a su hija, pues no otra cosa debe entenderse del hecho de que la referida cantidad la ingresase en una cuenta corriente de la que también era titular la hermana de la esposa, sin que de otro modo pueda advertirse la contradicción con lo anterior. El hecho de que rija la sociedad de gananciales y de que exista una presunción de ganancialidad de los bienes, no significa que tal presunción, que es de carácter *iuris tantum* no pueda quebrar como en el presente caso sucede.

También debe ser desestimado el recurso en el punto en que solicita se incluya en el pasivo de la sociedad una cantidad superior a 3.400.000 ptas. que la representación del esposo dice que le fue donada por su padre y que sirvió para adquirir el traspaso del local en que se ubicó el negocio de sastrería. Se ha hecho antes referencia a la dificultad que conlleva el determinar el sujeto pasivo de una donación en supuestos como el presente, cuando no existe prueba fehaciente de cuál fue la voluntad del donante. En el caso en que se discutía la inclusión o no en el inventario de la cantidad de 8.000.000 de pesetas donados por el padre de la esposa a su hija la conclusión a la que se llegaba es que la voluntad del donante era la de entregárselo única y exclusivamente a su hija dadas las circunstancias concurrentes, pero en el presente supuesto esas mismas circunstancias deben de llevar a la consideración de que la

donación que en su día se produjo, se hizo en favor de la sociedad de gananciales. Nada obsta a considerar que la cantidad que ahora se reclama para que se incluya en el pasivo fue entregada por el padre del esposo, puesto que no sólo así lo afirma el testigo en el momento en que se adquirió el traspaso del negocio y porque también consta por certificación de la entidad Caja S.S. cómo el cheque que sirvió para hacer pago de parte del precio del traspaso y que consistía en pagar una indemnización a una trabajadora del negocio que existía antes, se cargó contra la cuenta del padre del esposo, pero teniendo en cuenta que el negocio fue para la sociedad de gananciales, puesto que esto está reconocido sin ningún género de dudas por ambas partes y por presunción legal así debe entenderse conforme a lo establecido en el art. 1347.5 del Código Civil, que asimismo para la constitución del negocio los ahora litigantes tuvieron que solicitar un préstamo conjuntamente; que el padre del esposo no ha hecho reclamación de la referida cantidad desde el año 1983 hasta el año 1996 debe de concluirse en lo ya apuntado lo que además tiene su apoyo legal en el art. 1353 del Código Civil, pues advertido que el negocio pertenecía a la sociedad de gananciales y que la donación que ahora se reclama conste en el pasivo se hizo para la creación del negocio debe de concluirse que en su momento la voluntad del padre del esposo fue hacer la donación, pero para el negocio familiar, en suma para la sociedad de gananciales. Es cierto que la testigo afirma que en las conversaciones que mantuvo con el padre del esposo éste decía que adquiriría el negocio para su hijo, pero ello por sí no demuestra la voluntad de donar únicamente a su hijo, pues aparte de que se desconoce en profundidad el contenido de las conversaciones, lo que se hace constar en la prueba testifical no deja de ser una manera coloquial de expresarse.

4. *Tiene carácter ganancial la indemnización percibida por el esposo antes de que se otorgasen las capitulaciones matrimoniales.*

AP CORDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Gonzalo Trujillo Crehuet.

Para un mejor estudio y examen de los hechos que configuran la demanda es necesario partir de las siguientes premisas: a) La parte apelante contrajo matrimonio con el apelado el 16 de julio de 1982 bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales. b) El esposo-apelado comenzó a prestar servicios laborales a la empresa C. S. el 1 de octubre de 1982. c) Con fecha 8 de junio de 1993 es despedido de la citada empresa y el 14 de julio de 1993 insta, ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de esta capital, demanda contra la citada empresa por el despido, llegando al Acto de Conciliación entre ambas partes litigantes el 6 de septiembre de 1993 al acuerdo de transigir las reclamaciones a la cantidad de 7.600.000 pts. d) El 21 de julio de 1993 ambas partes apelante y apelado, otorgaron capitulaciones matrimoniales, y liquidación de la sociedad conyugal, no habiéndose incluido en la misma la posible indemnización que pudiera corresponderle al apelado, y llevándose a efecto el 9 de febrero de 1994 la separación matrimonial.

El art. 1347 del CC, al enumerar qué bienes son gananciales, establece en su párrafo 1.º “los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los conyuges”, y en el

caso enjuiciado no existe la menor duda de que el acuerdo transigido por el apelado y la empresa tiene que verter y adicionarse por mitad a la liquidación de la sociedad de gananciales que tuvo lugar el 21 de julio de 1993, y ello porque al amparo del art. anteriormente citado, ese rendimiento económico, derivado del despido cuya causa tuvo lugar constante matrimonio, es de carácter puramente ganancial, junto que comienza a trabajar constante matrimonio obteniendo la cantidad de 7.600.000 pts solamente mes y medio después de haber otorgado capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, y ello después de diez años de matrimonio bajo el régimen de gananciales.

De la misma forma, al absolver posiciones el apelado al contestar a la octava, manifiesta ser cierto que todas las negociaciones sobre la indemnización por despido se llevaron a cabo con anterioridad a la firma de la escritura de capitulaciones matrimoniales y a la presentación de la demanda de separación matrimonial, lo que viene a incidir en el carácter ganancial de tal indemnización.

5. *Los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge, cuando éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio.*

AP AVILA, Sentencia de 12 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

La deuda resultante del mencionado crédito resultaba a cargo de la sociedad de gananciales, por ser una deuda del esposo nacida del ejercicio del comercio, ejercido sin oposición del cónyuge, como se deduce de lo dispuesto en el art. 7 del Código de Comercio y de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991, manteniendo que: dicha carga tiene por finalidad la de buscar el necesario equilibrio ante los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de la actividad comercial del marido y los consecuentes riesgos y responsabilidades

jurídicas que la actividad mercantil origina y produce, razones que subsisten en el Código Civil, al disponer, con carácter general, en el art. 1365 que los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge, cuando, según el número segundo, éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio. De manera que la deuda se contrajo vigente la sociedad de gananciales, en su beneficio, siendo de su cargo el cumplimiento de la misma, por lo que están correctamente embargados los bienes gananciales en la época de su vencimiento.

6. *Los bienes gananciales responderán de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que los cónyuges otorgasen capitulaciones, ya que las mismas se inscribieron en el Registro después de generada la deuda.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Aller Casas.

Resulta acreditado que la actora propietaria junto con su esposo de un local comercial lo arrendó al demandado mediante renta de 50.000 pesetas mensuales, más 10.600 en concepto de IVA, es decir en total una cantidad mensual de 60.600 pesetas. También resulta acreditado que desde el mes de marzo de 1993 hasta el mes de mayo de 1.995 en que el demandado desalojó el local, se adeu-

dan las rentas, de tal forma que la deuda asciende a la suma de 1.575.600 pesetas, equivalente de 26 mensualidades. Es por tanto indudable que el citado arrendatario ha de ser condenado conforme a los artículos 1.555 y concordantes del Código Civil a satisfacer a la actora la suma reclamada. Tales hechos y las consecuencias jurídicas apuntadas ni siquiera se discuten.

Resulta también acreditado que al convenirse el contrato de arrendamiento con fecha 1 de abril de 1992, el arrendatario estaba casado con la también demandada, bajo, el régimen legal de gananciales. Por ello resulta que la obligación de pagar la renta es una carga de la sociedad de gananciales conforme al n.º 4.º del art. 1362 del Código Civil, por tratarse de una deuda derivada de la explotación regular de un negocio de uno de los cónyuges; sobre todo al poner en relación dicho art. 1362, n.º 4.º del Código Civil con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código de Comercio.

El artículo 6.º establece que en caso de ejercicio del comercio por una persona casada, quedarían obligados a la resulta del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerce, y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, sería necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Pero el artículo 7.º dispone que se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior, cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, cual acontece en el presente caso. Por tanto resulta también claro que la esposa, también demandada, ha

de ser condenada juntamente con su esposo, a satisfacer a la actora la cantidad reclamada.

Es cierto que con posterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento, concretamente con fecha 8 de noviembre de 1993 los demandados han sustituido el régimen de gananciales por el de separación de bienes. Pero en la medida que tal modificación no se inscribió en el Registro hasta el 18 de mayo de 1995, no puede perjudicar a tercero sino desde tal fecha, cuando la deuda que se reclama en la demanda ya estaba generada en su totalidad. *Así resulta de lo dispuesto en el artículo 1317 del Código Civil, cuando establece que “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio en ningún caso perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros”. Habiendo establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar dicho precepto que la modificación pactada solo puede perjudicar al tercero de buena fe desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros Públicos. Cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficioso fuera para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de terceros, que con ellos contrataran, Sentencias de 2 de abril de 1990 y 26 de junio de 1992, entre otras muchas.*

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *La oposición de los padres biológicos a la constitución del acogimiento debe sustanciarse por los trámites del juicio verbal.*

AP CORDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 11 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. José María Magaña Calle.

Es preciso, en primer lugar, en base a las alegaciones del recurrente, analizar el motivo de nulidad deducido al amparo del precitado art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En tal sentido, es necesario señalar, por lo que se refiere al trámite seguido, que presentada el día 20 de marzo de 1997 la correspondiente propuesta de constitución judicial de acogimiento familiar preadoptivo, por la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales, al amparo de lo que disponen los arts. 173.3 del CC y 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio trámite a la misma citándose entre otras a la madre biológica, para ser oída; y esta, con fecha de 1 de abril se persona en el expediente, formalizando la correspondiente oposición al mismo, solicitando la práctica de determinadas pruebas en apoyo de sus pretensiones.

A la vista de ello, por auto de fecha 23 de abril de 1997 se acuerda tramitar la oposición conforme a lo prevenido en el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil convocándose a las partes para la vista en el correspondiente juicio verbal.

Celebrado el juicio, y pese a que la parte opositora ratificando su escrito, solicitó la apertura del procedimiento probatorio y propuso las pruebas que ya articuló en su escrito de oposición, con fecha 21 de mayo se dicta el auto que hoy se impugna.

Así las cosas, es claro que el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamen-

te dispone que “En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el art. 1817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal”.

Y efectivamente tal fue el trámite que, a la vista de la oposición formulada se ordenó en el auto de fecha 23 de abril. Pese a ello, y sin que mediare resolución alguna denegatoria de prueba, pues, al contrario, de la lectura del acta del juicio parece deducirse lo contrario, no solo no se practica la prueba propuesta, sino que sin más trámite que el haber oído a la madre biológica, se dicta la resolución, y a mayor abundamiento, en la misma se afirma, sin base legal alguna que no se practica la prueba propuesta “por no ser el cauce apropiado”.

En consecuencia, conforme al art. 173 del CC “si los padres no consienten o se oponen al acogimiento, este solo podrá acordarse por el Juez, en interés del menor y conforme al trámite de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; y ésta, en su art. 1827 remite, en caso de oposición al juicio verbal; es evidente que desde los principios informadores de la institución del acogimiento, y dado que siempre es preciso, en esta materia, valorar los fundamentales intereses en juego, desde el precitado y siempre reseñado interés del

menor; pero evidentemente, sin olvidar que tal interés está íntimamente ligado al de la familia biológica, en cuyo seno, naturalmente debe incardinarse en primer lugar el integral desarrollo de la personalidad del mismo (art. 172.4 redactado por Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero) y por ello, siendo importantísimo valorar todas las circunstancias, hasta las más mínimas, para adoptar una resolución de acogimiento preadoptivo con la oposición del padre o madre biológico; no puede sino concluirse que siendo precisamente la finalidad querida por el legislador que en caso de oposición se abra el

debate, con la posibilidad de aportación de las pruebas que cada parte crea necesarias en apoyo de sus pretensiones, al haberse obviado tal trámite, sin previa resolución denegatoria de la prueba, se conculcaron derechos fundamentales y se creó indefensión, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el art. 238 de la LOPJ, procede declarar nulidad de las actuaciones, retrotrayéndose las mismas al acto del juicio verbal, para que a la vista de las pruebas propuestas se resuelva sobre su procedencia, y en consecuencia, se acuerde la práctica de las mismas.

2. *No procede constituir la adopción de un mayor de edad cuando no se ha acreditado la previa convivencia con el solicitante antes de que el primero hubiese cumplido los catorce años.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 4 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

El preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaba la regulación del instituto de la adopción, realiza una severa crítica del sistema legal precedente, haciendo especial hincapié, en lo que al caso hoy sometido a la consideración del Tribunal concierne, en los inconvenientes derivados de la antecedente posibilidad indiscriminada de adoptar a los mayores de edad, por lo que la reforma se propone, entre otros objetivos, basar la referida institución en dos principios fundamentales, cuales son el del beneficio del adoptando y la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan; y este último conlleva que “en el futuro la adopción sólo cabrá, salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad”.

En armonía con tal proclamación de intenciones, viene a establecer el nuevo artículo 175.2 del Código Civil, sin confusión po-

sible al respecto, que “únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”.

La claridad de los términos utilizados, así como la finalidad perseguida por la norma (art. 3 CC), no admite, en modo alguno, las consecuencias a que trata de llegar el recurrente, al hacer extensiva la posibilidad de adopción, sin limitación alguna, a los mayores de edad, en cuanto de este modo sería aberrantemente absurda la referida dicción legal. Y en efecto, el siguiente inciso de dicho precepto, afectante a los mayores de edad o menores emancipados, comienza con la locución, que abarca a ambas categorías jurídicas, “por excepción”, de tal modo que sólo bajo los condicionantes singulares recogidos en el mismo puede hacerse extensiva la adopción a quien no es menor no emancipado.

No es viable, como al margen de las reglas gramaticales y de la lógica jurídica pro-

pugna el recurrente, llegar a consecuencias diferenciadas para los mayores de edad, a los que abarcaría indiscriminadamente la adopción en contra de la proclamación de intenciones reseñada, y para los menores emancipados, únicos a los que afectarían los condicionantes referidos en cuanto rescuicio para una adopción en principio prohibida respecto de los mismos. Y así, trata de convertirse en una regla general lo que terminantemente constituye una excepción, que además se proyecta por igual sobre ambas categorías jurídicas (mayores de edad y menores emancipados), no separadas tampoco en la redacción del precepto por signo ortográfico alguno, que hubiera permitido un cierto sustento gramatical a la construcción jurídica que intenta levantar el apelante.

De seguirse la misma, llegando a sus últimas consecuencias, sobrarían toda regla general y sus excepciones, en cuanto ilógicamente los únicos excluidos de la adopción serían los menores emancipados, que al llegar a su mayoría de edad salvarían ya todo límite legal, concluyéndose en un inexplicable interregno temporal respecto de los mismos.

Parece olvidar dicho litigante, y como bien apunta la Juzgadora *a quo*, que la eman-

ción no sólo se puede producir, a través del matrimonio o de la concesión, respecto de quienes no han superado aún los dieciocho años, sino también por la mayoría de edad, según previenen los artículos 314 y ss. del citado texto legal; en consecuencia, la emancipación a que alude el artículo 175 estudiado afecta lógicamente a unos y otros, al no decirse nada en contrario.

Por todo lo cual no puede tener acogida la absurda pretensión deducida por el recurrente, y cuyo sorprendente apoyo por el Ministerio Fiscal en la instancia sólo puede concebirse como *lapsus calami*, pues en definitiva se intentan proyectar incondicionalmente las previsiones legales examinadas sobre una adoptanda mayor de edad, respecto de la que, por otro lado, no concurren, o al menos ello ni siquiera se ha alegado, datos fácticos susceptibles de subsumirse en las hipótesis excepcionales que contempla la norma, esto es el que inmediatamente antes de la emancipación (que se puede producir por la mayoría de edad), hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, en el seno familiar del adoptante, iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años.

X. FILIACION

1. *Procede estimar la acción de reclamación de paternidad interpuesta por el padre biológico ya que ha quedado acreditada la relación de noviazgo entre éste y la madre del menor.*

AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Quesada Varea.

Previamente al examen de los motivos de impugnación de la sentencia de instancia formulados por el recurrente, procede recha-

zar la oposición a la demanda reiterada en esta alzada por la parte apelada y fundada en la falta de acción del demandante para recla-

mar como progenitor la filiación no matrimonial en ausencia de la posesión de estado. Es cierto que el artículo 133 del Código Civil limita el ejercicio de tal acción al hijo «durante toda su vida», sin expresar si también se encuentra legitimado el progenitor, pero, no obstante la literalidad de este precepto, la jurisprudencia ha venido estimando que debe prevalecer en este punto lo dispuesto en el artículo 134 del mismo texto legal, el cual admite la impugnación de la filiación contradictoria al hijo y al progenitor sin imponer ningún otro requisito, por lo que, concedida al progenitor la acción para impugnar la filiación cuando esta impugnación tiene la finalidad prevista en el segundo párrafo del artículo 113, dicha concesión implica como consecuencia lógica la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación (SS.TS. de 5-11-87, 19-1-90, 23-2-90, 8-7-91 y 24-6-96).

El núcleo de la impugnación del criterio de la Juez *a quo* se reduce a una cuestión probatoria. Como no es infrecuente en procesos semejantes, ha resultado impracticada la única prueba objetiva de la filiación por la reticencia de quien ostenta la posición de demandado, aquí la madre, que en tres distintas ocasiones y sin justificación ni excusa alguna ha dejado de comparecer con su hijo ante el Instituto de Toxicología aun habiendo sido citada para su práctica. En defecto de dicha prueba, cuya negativa después se valorará, el hecho de la procreación puede ser objeto de prueba indiciaria o indirecta mediante la demostración de la existencia de relaciones sexuales durante el tiempo de la concepción, hecho éste también de difícil constatación por su carácter reservado e íntimo que, por esta razón, debe ser inferido a su vez de la naturaleza de la relación o vínculo existente en dicha época entre el accionante y la demandada.

En el supuesto de autos, y pese a que hubiera sido deseable una más profusa actividad probatoria (cuya ausencia es imputable a ambos litigantes), concurren varios elementos probatorios relativos a la relación de noviazgo entre el ahora apelante, D. E., y la

apelada D.^a M. En primer término, las fotografías aportadas con la demanda difícilmente pueden interpretarse como demostrativas de dicha relación, pues tan sólo constatan que la última acompañó al primero en su automóvil hasta el lugar en donde fueron tomadas las fotos, lo que puede deberse a múltiples razones además de la aducida por el actor, aunque también acreditan aparentemente la existencia de un trato que excede del derivado de la mera vecindad, que es el único que la recurrida admite mantener con el recurrente en la prueba de confesión judicial. En segundo lugar, el testigo D. M., en quien concurre la condición de amigo de D. E., ofrece como fuente de su conocimiento la información recibida de éste, pero afirma al responder a la décima pregunta que vio (es decir, percibió por sus propios sentidos y no a través del relato de otra persona) a los litigantes como pareja durante los años de 1992 y 1993 y desde que D.^a M. le fue presentada por D. E., aunque, lógicamente, al ser repreguntado manifiesta desconocer si aquélla ha tenido relaciones sexuales o sentimentales con el apelante o relaciones íntimas con terceros. El mismo testigo declara que se encontró en dos ocasiones en la ciudad de Cuenca, esto es, fuera de su localidad de residencia, a D. E. y D.^a M. Por último, e inequívocamente como dato de mayor relevancia, se halla la prueba testifical de D. B., quien dice saber que D. E. y D.^a M. eran novios o amigos, lo cual le consta porque ambos se dirigieron a él en varias ocasiones para requerir su consejo como sacerdote y comentar los problemas que tenían en su noviazgo, lo que, según el testigo, eso demuestra que eran novios.

En virtud de los elementos antedichos, puede advertirse la existencia de prueba acerca de la relación de noviazgo, la cual no resulta en absoluto desvirtuada por prueba en contrario. El vigor probatorio de la misma debe conjugarse con la prueba aportada por la demandada y la actitud adoptada durante el proceso, la cual es claramente evasiva en cuanto se limita a negar los hechos sustanciadores de la demanda sin alegar otros

opuestos ni aducir argumento alguno explicativo de esta actitud, atribuyendo, como toda explicación, a un «incontrolado y fastidioso enamoramiento» del actor el ejercicio de la acción de filiación. Esta actitud se halla corroborada por la confesión de la demandada, que se limita a declarar no ser ciertos los hechos objeto de las posiciones excepto en lo que se refiere a las relaciones habidas con D. E., a quien dice conocer solamente por ser vecinos «de toda la vida» pero no haber tenido ninguna otra relación, lo que es contradictorio por la prueba testifical, y oponiéndose la misma confesante a responder si durante el tiempo de la concepción tuvo relaciones con otro hombre distinto de D. E., y ello por tratarse de «su vida personal», ámbito al que difícilmente pueden dejar de referirse las posiciones en un litigio de esta naturaleza.

La negativa a la práctica de la prueba biológica sólo puede calificarse (con la STS de 24-6-96) como un supuesto de ejercicio antisocial del derecho de defensa, el cual no es ilimitado hasta justificar cualquier conducta,

pues sus límites están impuestos por la naturaleza del proceso y los intereses en juego, entre los que se halla en este caso un interés decididamente público que excede del que pudiera ostentar la madre en que no se reconociera la paternidad del recurrente. Es constante la doctrina jurisprudencial que declara la legitimidad de la declaración favorable a la filiación con fundamento en la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas en conjunción con otras pruebas complementarias (SS.TS. de 20-10-93, 30-10-93, 28-4-94, 6-3-95, 10-4-95, 8-5-95, 14-6-96, 4-7-96, 17-10-96, 28-2-97 y 14-6-97), y siendo éstas, en lo que atañe al supuesto examinado, demostrativas de la relación de noviazgo a la que es inherente las relaciones sexuales, existe una presunción vehemente, en unión de dicha negativa que constituye de por sí un indicio harto cualificado, de que hubo relación carnal entre los litigantes en la época apta para fecundar, lo que debe llevar a la declaración solicitada por el recurrente con la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia.

2. *Declarada la filiación no matrimonial de la menor, no procede estimar la acción de enriquecimiento injusto por cobro de pensiones alimenticias y daño moral instada por la persona que aparecía en el Registro Civil como padre.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 26 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan M. Jiménez de Parga Gastón.

La sentencia dictada en la instancia, tras desestimar las excepciones opuestas por la parte demandada, declaró la filiación no matrimonial de la menor Eva, en favor de D. Antonio y accedió a la impugnación de la que consta inscrita en el Registro Civil, a favor de D. Juan, con la consiguiente rectificación del asiento registral, además de tutelar en parte la reconvencción implícita formulada por el demandado principal, actor por la

reconvencción, y condenar a la contraparte a satisfacer la suma de un millón de pesetas por enriquecimiento injusto y daño moral, con condena en costas a la misma por apreciarse especial temeridad en su actuación.

Frente a la indicada resolución se han alzado la demandante Doña Montserrat aduciendo que fuese dejada sin efecto su condena al pago de la suma del millón de pesetas,

en concepto del enriquecimiento injusto por las pensiones alimenticias percibidas en favor de la menor Eva y por el daño moral causado al demandado ante la revelación de no ser el padre biológico de la referenciada y; que asimismo, se revocase su condena a la satisfacción de las costas procesales de la primera instancia. Por su parte, el demandado principal D. Juan, actor por la reconvencción, limitó su pretensión impugnatoria, en la solicitud de que fuese ampliada la suma a la que ha sido condenada la contraparte, hasta cuatro millones de pesetas, ya solicitadas en la fase expositiva del proceso.

Entrando ya en el conocimiento del *thema decidendi* sujeto a la consideración de la Sala, y en un orden de lógica prelación es de precisar, la improcedencia de la condena de la demandante, demandada en la reconvencción, por virtud del enriquecimiento injusto derivado del percibo de las pensiones alimenticias en favor de la menor Eva, a las que venía obligado el progenitor registral en virtud del proceso de separación del matrimonio celebrado entre las partes a sabiendas que el obligado a la prestación no era el padre de la menor, y a tal conclusión se arriba ante la no concurrencia de los requisitos necesarios para la apreciación del meritado enriquecimiento injusto, que según la doctrina jurisprudencial, contenida entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992, consisten a) en un aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *damnum emergens* o por un *lucrum cesans*; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento y ; d) la existencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. A tal conclusión se arriba por la circunstancia de que, las pensiones de alimentos abonadas por virtud del proceso de separación matrimonial, no estaban destinadas a integrar el patrimonio de la madre de la menor, que tan sólo las percibía al objeto de afectarlas a la satisfacción de las necesidades alimenticias de la menor, integradas en el concepto que de los alimentos reseña el artículo 142 del Código Civil, ostentando la condición de acreedor de tales prestaciones

la alimentista y no su progenitora, que en nada se enriquecía con su devengo lo que implica la desestimación del concepto indemnizatorio concedido por la sentencia en atención un inconcurrente enriquecimiento injusto.

En cuanto a la indemnización establecida en la sentencia apelada por el daño moral causado al demandado, por la revelación y en su conocimiento de no ser el padre de la menor, y con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil, debe asimismo ser desatendida, si se tienen en cuenta determinadas conclusiones directamente emanadas de las propias manifestaciones vertidas por el demandado en su escrito de contestación a la demanda, hecho tercero, al expresar que las relaciones matrimoniales se fueron deteriorando lentamente hasta llegar el momento en que la convivencia era imposible y no existía posibilidad de reconciliación debido a las relaciones extraconyugales de la esposa, lo que supone deducir que la posibilidad de que el demandado no fuese el progenitor de la menor Eva, era susceptible de ser valorada por el mismo y de no causar de confirmarse tal posibilidad daño moral de clase alguna. Si a ello aunamos, que de la prueba practicada en las actuaciones se infiere unívocamente, que el demandado abandonó el hogar conyugal al poco de nacer Eva; que ha mantenido con la misma una escasísima relación; que no consta acreditado sea imputable a la propia conducta de la madre, dado no constar reclamación alguna al respecto ante el Juzgador que decretó la separación, en la fase de la ejecución de sentencia, ni incidente de modificación de las medidas acordadas en el proceso matrimonial; que se han dado periodos de desatención del pago de las pensiones en favor de Eva y de David, el otro hijo del matrimonio; puede llegarse a la conclusión de la no existencia de daño moral, causado al demandado, susceptible de ser indemnizado, lo que, conduce a estimar el motivo del recurso de apelación deducido por la actora, con el consecuente desamparo del formulado por el demandado.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Cuando los convivientes de hecho han pactado un convenio regulador y solicitan su aprobación por el juzgado, procede citarlos para ratificación y tras el informe del Ministerio Fiscal, resolver lo procedente.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 5 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Por el juzgado de 1.^a Instancia n.º 22 de Madrid se dictó auto no admitiendo a trámite la demanda de relaciones paterno-filiales presentada por D.^a M. con el consentimiento de D. R. Concorre a esta alzada D.^a M. solicitando la revocación del auto puesto que considera y así se pide que se debió admitir a trámite la pretensión deducida, citar a las partes para ratificación, después dar audiencia al Ministerio Fiscal y luego acordar lo que proceda.

Conocida ya la razón de ser de la presente alzada, y solicitándose en la instancia por las partes la aprobación de un convenio regulador de la guarda y custodia y régimen de visitas de la hija no matrimonial de ambos en base a la disposición adicional 6.^a de la ley 30/1981 de 7 de julio, en relación con

el artículo 4.1 del C.C.; al cumplirse los requisitos del párrafo 2 de la citada disposición adicional y tras lo resuelto “por el órgano a quo” por providencia de 19 de noviembre de 1996; debió, como muy bien dice la dirección letrada apelante, seguir la tramitación indicada en el fundamento jurídico anterior; por lo que procede estimar el presente recurso de apelación.

Por tanto, estimando el recurso de apelación debemos revocar la expresada resolución dejando sin efecto el archivo acordado; debiéndose admitir a trámite por el órgano a quo la demanda originaria del presente procedimiento, con citación de las partes para ratificación del convenio regulador y, previa audiencia o informe del Ministerio Fiscal, resolver lo procedente.

2. *La convivencia more uxorio no implica la creación de una comunidad de bienes entre los convivientes y por tanto no habiéndose acreditado la aportación económica del conviviente en la adquisición del patrimonio del otro, o la realización de trabajo por cuenta del mismo, no procede liquidación patrimonial alguna.*

AP MADRID, Sec. 11.^a, Sentencia de 27 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano.

Este Tribunal, recogiendo las líneas esenciales establecidas al respecto por la última jurisprudencia de la sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre las uniones de hecho o no matrimoniales señaló en sus pasadas Sentencias del 27-1 y 17-6-1997 que cuando “de consecuencias económicas derivadas de relación de convivencia extramatrimonial o de hecho se trata no puede olvidarse la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en las recientes Sentencias de 19-11-1990, 21-10-1992, 11-12-1992, 18-2-1993, 27-5 y 24-11-1994, que ha señalado la inaplicabilidad a las denominadas uniones *more uxorio* de las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales o el legal de separación de bienes, sin olvidarse que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas a las que serán aplicables las normas de la sociedad o de la comunidad de bienes por la vía de la analogía y de haber *afectio societatis* en el primer supuesto, o acudiéndose a la vía del enriquecimiento injusto cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro.

En el particular caso aquí analizado en esta apelación solicitó la apelante-demandante, que se procediera a la disolución y liquidación, subsidiariamente, de una comunidad de bienes, del régimen de participación, sociedad civil universal de ganancias o gananciales, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes reseñados en la demanda inicial, pudiendo hacerse la liquidación interesada en ejecución de sentencia. Las

pruebas practicadas en la anterior instancia acreditan que, aproximadamente, entre los años 1973 y 1992 aunque con diversas interrupciones e intermitencias no perfectamente constatadas en atención a la peculiaridad de la relación personal de que se trata, los litigantes convivieron *more uxorio* o a la manera matrimonial, habiendo tenido dos hijos reconocidos fruto de dicha relación extramatrimonial, constando que en el referido año 1992 suscribieron los litigantes un acuerdo en el que, además de poner fin a la referida convivencia de hecho, se fijó, a cargo del apelado el pago de una pensión mensual de 40.000 ptas. para el sostenimiento y atenciones del hijo común menor de edad así como que el referido recurrido se obligaba a facilitar a la apelante vivienda donde fijar ésta su domicilio durante el término de 8 años, suponiendo ello que la misma residirá en su actual domicilio propiedad del recurrido o en cualquier otro que éste la facilite, siendo de cuenta de ella los gastos de los servicios de la vivienda facilitada.

Acreditó la recurrente, de conformidad con la norma sobre carga de la prueba contenida en el art. 1214 del Código Civil, que figuran a nombre del apelado en virtud de escritura pública del 9-7-1981 el piso de la calle C., así como una plaza de garaje adquirida por otra escritura del 26-9-1985. También figuran a nombre del apelante dos automóviles marca “O.” y “S.” así como un Bungalow sito en la localidad de Guardamar del Segura, comprada por el apelado en es-

critura pública del 29-5-1989. Sin embargo, en aplicación de la referida norma probatoria esencial en el proceso civil, no acreditó la apelante, ni se ha desvirtuado la apreciación al respecto realizada por la Juzgadora *a quo* en la anterior instancia, haber participado con dinero o aportación económica propia en la adquisición del referido patrimonio que figura, todo él, a nombre y adquirido por el apelado, no constando, tampoco, que haya trabajado por su cuenta la apelante desde el año 1989 sin que pueda darse valor decisivo

en tal sentido a la testifical del hijo común que declaró en el proceso en razón de lo dispuesto al efecto en los arts. 1248 del CC y 659 de la LEC. En todo caso, dadas las fechas de las respectivas adquisiciones y la indicada por ella en su demanda como del comienzo de tal actividad retribuida no acreditada, la imprecisión referida no puede conllevar liquidación o atribución común de género alguno ni la atribución patrimonial común por el esfuerzo económico compartido de la apelante.

3. *No procede sustanciar por los trámites de la disposición adicional 5.ª la petición de regulación de medidas paterno filiales.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

En el acto de la vista la parte apelante, con revocación del auto de 4 de junio de 1997, ha interesado la admisión a trámite de la demanda sobre solicitud de efectos para un hijo no matrimonial y según los cauces procesales señalados en la disposición adicional 5.ª, según conforme al tenor de la Ley de 7 de julio de 1981, en tanto que de negarse tal posibilidad procesal se produciría la discriminación de los hijos nacidos de uniones no matrimoniales y respecto de aquellos de filiación matrimonial. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución.

La pretensión que plantea la parte en la alzada no puede tener acogida sobre la base y motivo planteado por la recurrente cual es la discriminación que manifiesta que se produce respecto del hijo no matrimonial frente al que nace del matrimonio, en tanto en cuanto la referida discriminación no se sostiene si se alude a ella sin razonar ni motivar que pueda producir o provocar indefensión o falta de tutela judicial, de modo que aun sin dudar del postulado contenido en el art. 39 de la

Constitución Española, es lo cierto que la igualdad ante la Ley no supone en el ámbito formal y procesal que estamos tratando, la necesidad de encauzar procedimentalmente, en un mismo trámite, las solicitudes que provengan en favor de hijos no matrimoniales, aceptando pues, que ciertamente se da un tratamiento formal distinto para las solicitudes de medidas derivadas de filiación no matrimonial, o si se quiere una discriminación pero entendida de modo favorable desde el momento en el que el juicio declarativo de menor cuantía ofrece las máximas garantías procesales y sustantivas en lo relativo a su trámite y en lo afectante a las posibilidades de interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, de modo que no puede acogerse la circunstancia discriminatoria alegada por el recurrente en la medida que se obtiene adecuada tutela judicial al planteamiento de la apelante.

No puede olvidarse que la disposición adicional 5.ª, o en su caso la 6.ª, de la Ley 30/1981 de 7 de julio, están pensadas con ca-

rácter exclusivo y excluyente y de modo imperativo, como corresponde a las cuestiones de orden público, para resolver los conflictos relativos a los hijos habidos del matrimonio y una vez que se produce la crisis del mismo, y que como es sabido centra el cauce

procesal en el trámite de los incidentes y con el límite relativo a la interposición del recurso de casación a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de Ley. En consonancia con lo anterior es de aplicación el art. 484.4.º de la LEC.

XII. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIASTICAS

1. *No existe ningún obstáculo para que a la petición de reconocimiento civil de la sentencia de nulidad canónica pueda acumularse la acción de modificación de medidas.*

AP MALAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de junio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Torres Cuéllar.

Queda centrado el presente recurso de apelación, según la exposición realizada en el acto de la vista por la dirección letrada del recurrente, en si el procedimiento seguido en orden a la pretensión de la demandada de lograr la modificación de las medidas adoptadas en sentencia de separación consensual de fecha 6 de noviembre de 1991 por el presente trámite del juicio ordinario de menor cuantía es adecuado a tenor de la tesis mantenida por la contraparte que encontró el amparo de la resolución apelada, sin alegar otras motivaciones frente a las modificaciones acordadas. Cauce este que se vio obligado el demandante a promover por mor de la oposición que en su día formuló la demandada que impidió entrar en el fondo y decidir entonces según los trámites de la disposición adicional segunda de la ley 30/1981 si es estimada la resolución a ejecutar auténtica y ajustada al derecho del Estado. Sosteniendo, por el contrario, tanto la parte apelada como el Ministerio Fiscal la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

Atendiendo al cauce procedimental concienzoso del juicio declarativo de menor

cuantía planteado, en el que se ventila la presente cuestión de si existe acomodación de la resolución canónica al derecho estatal, y en el que se decidió por el juzgador *a quo* estimando en el presente caso tal ajuste, no parece que haya obstáculo para que se discutan al mismo tiempo las medidas complementarias interesadas, en este caso por la demandada y que se introducen en la *litis* a través de la contestación en cuanto no sean ajenas a la pretensión principal. Pues entendido tal cauce como el procedimiento ulterior correspondiente al que se remite la disposición adicional 2.º de la ley 30/81 de 7 de Julio, y según lo establecido en el art. 484, apartados 2.º y 4.º de la LEC, habida cuenta, además, de que ésta es la vía ordinaria donde, a salvo de los supuestos que contemplan los números 2 y 3 del artículo 73 del Código Civil, deben reconducirse las estrictas nulidades civiles, cabe introducir, por vía reconventional cuestiones relativas a las medidas inherentes a la nulidad matrimonial cuyo reconocimiento pretende, que coincidirán o no con las establecidas en la anterior *litis* de separación, sin que, ello implique una auténtica y

propia, desde un punto de vista de estricta técnica procesal modificación de medidas, pues la situación se contempla *ex novo* y no necesariamente predeterminada por la primera resolución judicial. Y sobre las cuales el mismo Juez que conoce de dicho asunto que es, por su carácter de Juez de familia, especialmente competente, habría de pronunciarse, pues no se está en el previo cauce de la jurisdicción voluntaria con reserva a las partes para instar pleito de determinación de efectos de sentencia a tramitar conforme a la disposición adicional quinta, pues formulada oposición se acudió al presente en el que conjuntamente a tal declaración, y con efectos inherentes al nuevo estado civil de los litigantes se propuso por la parte la adopción de tales medidas.

Cuando, además, considerando razones de elemental economía procesal se evita un peregrinaje de procedimientos, en que se discutiría lo mismo, y que a nada conduciría pues no conllevaría superiores garantías, cuando existe en autos prueba suficiente al efecto para permitir y resolver acerca de las medidas propuestas, por lo que no se puede compartir la tesis sostenida por el recurrente de ceñir exclusivamente el debate a la declaración principal de eficacia civil, sin más, pues tampoco tendría sentido en coherencia

con lo defendido por dicha parte toda la prueba se dirigió al respecto en la instancia, consciente por tanto de su pronunciamiento, aún sin específica petición de ninguna de las partes. Desplegando en el caso de autos ambos contendientes toda la pertinente en acreditación no sólo de la homologación y reconocimiento interesado sino aquella otra relativa a los ingresos, gastos y medios económicos de ambos. En tal caso puede sostenerse que a las pretensiones que, formula al respecto la demanda, en su escrito de contestación, interesando el mantenimiento de lo en su día acordado respecto a la guarda y custodia de los menores, régimen de visitas y una mayor contribución del padre en concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos de la que hasta entonces abonaba, no debe dársele el tratamiento de reconvencción (art 91 del CC), siendo evidentemente otra la consideración de aquellas peticiones formuladas que no son objeto de pronunciamiento necesario y que hay que deslindar de las anteriores, al estar sometidas por el contrario al principio dispositivo y de rogación, del que se le debería haber dado traslado al actor, pero que por el resultado infructuoso obtenido en la instancia conforme quedó juzgado, y que no ha sido apelado, evita toda reflexión.

XIII. SUSTRACCION DE MENORES

1. *No procede ejecutar el auto que acordaba la restitución del menor cuando han transcurrido más de tres años desde que se dictó y la menor se encuentra actualmente en un ambiente adecuado para su desarrollo evolutivo.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 16 de junio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Con fecha 15 de marzo de 1994, se dictó auto por el juzgado en el que se acordaba la restitución del menor, sin embargo el mismo

no pudo ejecutarse puesto que la búsqueda de la menor fue infructuosa durante más de tres años. Posteriormente, en el año 1997 se

localizó a la menor y se celebró una comparecencia, a la que no fue citado el Abogado del Estado, resolviendo el juzgado “no proceder bajo las actuales circunstancias a ejecutar el auto de 15 de marzo de 1994, sin perjuicio del derecho de comunicación y visitas del padre para con la hija que este Juzgado garantizará conforme a lo dispuesto en el art. 21 del Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980”. Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación por el Abogado del Estado.

Desde un doble punto de vista procede resolver el presente recurso de apelación; desde el aspecto procesal o de forma y desde el sustantivo-material o de fondo. En el primer aspecto, es conveniente al caso recordar la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Constitucional que desde junio de 1988 viene diciendo: “La tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la CE consiste en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos judiciales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a obtener de los mismos una resolución fundada en derecho con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidas, a interponer los recursos previstas en las leyes y a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes mediante la ejecución de las mismas”. Sigue diciendo este alto tribunal en sentencia de 14 de julio de 1988 que: “No toda infracción de normas procesales alcanza por sí sola el rango de vulneración constitucional que lesiona los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE ya que la indefensión constitucionalmente relevante no tiene que coincidir necesariamente con la indefensión jurídico procesal”. Pues bien, del estudio de las actuaciones, tanto en la instancia como en esta alzada, no se observa que se haya causado indefensión a la Abogacía del Estado ya que ha accedido al órgano judicial para el ejercicio de los derechos legítimos en cada momento que se ha deseado; el órgano competente a través del procedimiento adecuado ha

dado respuesta fundada con independencia de la deseada por la parte apelante; se ha dado la posibilidad de recurrir y así se ha hecho; y, en último lugar, las vicisitudes de toda tramitación jurídico procesal no tienen que coincidir siempre con lo pretendido por la parte y general indefensión y nulidad de actuaciones. En consonancia con cuanto antecede, y desde este punto de vista, procede desestimar el recurso, máxime si por quien actuaba la Abogacía del Estado se personó en las actuaciones y actuó en el acto en el que se dice se omitió llamar al Abogado del Estado, que tras la comparecencia en cuestión y lo acordado, los progenitores del menor se aquietaron.

Desde el punto de vista del fondo al caso le es de aplicación las excepciones de los artículos 12 y 13 del Convenio de 25 de octubre de 1980 ratificado por instrumento de 28 de mayo de 1987 sobre Sustracción de Menores, pues gracias a la solicitud de cooperación jurisdiccional promovida por la Abogacía del Estado se ha incoado procedimiento en el que después de lo resuelto y por el transcurso del tiempo se ha practicado prueba desprendiéndose de la misma de manera clara, rotunda e indubitada, que no procede la restitución y sí, en cambio, la confirmación de los autos ahora recurridos en apelación al haber quedado acreditado que en el presente momento han pasado tres años de la misma en España desde aquella primitiva resolución de esta Sala en la que se confirmaba la restitución de la menor y en este ínterin consta en las actuaciones informe pericial psicológico en el que se indica que la niña se encuentra en un ambiente adecuado para su desarrollo evolutivo, adaptada e integrada a su entorno, con unos vínculos de la hija con su madre y los familiares de esta, sólidos; y que marcha bien en el colegio en el que tiene muchos amigos. El Ministerio Fiscal informa que la hija está integrada y considera perjudicial cambiar ahora la hija para estar con su padre. Procede, desde este aspecto, desestimar igualmente el recurso.

XIV. TEMAS PENALES

1. *Procede absolver al denunciado ya que no fue requerido de pago en vía civil, la esposa cambió de domicilio sin notificarle la nueva dirección y no llegó a designar en ningún momento número de c/c.*

AP CUENCA, Sentencia de 17 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Vesteiro Pérez.

Como una manifestación de la protección que a la familia confiere la CE (art. 39) y en apoyo de los miembros de la misma más necesitados de auxilio, la LO 3/1989, de 21 de junio, introduce en el CP de 1973 el art. 487 bis, en el que se sanciona a quien durante un lapso de tiempo preestablecido “dejare de pagar” la prestación económica en favor de su cónyuge o hijos establecida por convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de, entre otros, divorcio matrimonial; precepto que es recogido en el vigente CP aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, en su art. 227 con idéntica redacción, salvo en lo que al plazo de dejación del deber de pago se refiere, que reduce a “dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos”, encuadrando el tipo penal en el capítulo relativo a los “derechos y deberes familiares” (Capítulo III, Título XII, Libro II). El precepto penal trata de incentivar el cumplimiento voluntario de las prestaciones mediante la conminación expresa de una sanción, caso de que el incumplimiento de los deberes decretados en la resolución judicial que puso fin al matrimonio sea reiterada, contumaz, renuente con olvido de los deberes que para con el cónyuge o los hijos tiene el padre o la madre obligada a prestarlos (arts. 92 y 142 y siguientes CC), con total independencia de la ejecución civil (art. 919 LEC), que no constituye presupuesto delictual conforme al art. 227 CP, y consumándose

se la infracción penal sin necesidad de previo requerimiento o intimación al obligado.

Ahora bien, no es suficiente el incumplimiento, sin más, de la obligación de pago; la interpretación jurisprudencial del precepto invocado, del mismo modo que la que hacía referencia al art. 487 bis, exigía para integrar el tipo penal: a) Una relación familiar entre obligado y acreedor de la deuda alimenticia; b) el elemento objetivo constituido por la prestación económica fijada por la resolución judicial; c) el temporal de que el incumplimiento dure dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos; y d) el elemento subjetivo reflejado en una voluntad libre y consciente de incumplir aquel deber de prestación, constituyéndose el dolo como requisito determinante de la culpabilidad (art. 1.º CP de 1973 y art. 10 del vigente CP); deber que sólo puede eludirse cuando quede probada la imposibilidad del cumplimiento por parte del obligado. Por otro lado, el principio de intervención mínima del ordenamiento penal en el ámbito familiar es una constante jurisprudencial (SS de 30 de mayo y 28 de junio de 1988 y 4 de abril y 18 de diciembre de 1990, entre otras) de tal modo que el cumplimiento de los deberes que incumben a los cónyuges no sea reconducido a este ordenamiento sancionador que, como *última ratio*, debe ser objeto de aplicación cuando fracasan todos los intentos de solución del proble-

ma familiar. En el presente caso, ha de analizarse, en primer término, el lapso de tiempo transcurrido desde que se pronuncia la sentencia de divorcio —1 de octubre de 1990— y el momento en que se interpone por la ex-esposa la denuncia —10 de marzo de 1995—; durante ese período de tiempo, queda acreditado por la propia declaración de esta última que se trasladó a vivir a Valencia, donde actualmente reside, sin que hubiera comunicado a su ex-esposo la dirección en que habitaba; está probado, asimismo, por su propia manifestación, que no denunció los hechos con anterioridad por estar “envuelta en muchos problemas [...] tanto familiares como económicos”; se ha acreditado, también, que nunca solicitó la ejecución de la sentencia de divorcio ni reclamó el cumpli-

miento de lo que la sentencia decretó en el punto cuarto de su fallo; y, por último, en contra de su afirmación, no consta comunicara cuál fuera la cuenta corriente en que su ex-marido debería hacer los ingresos que ahora reclama. *La acción tipificada —“dejar de pagar”— se convirtió así en un imposible para el denunciado-recurrente; si el delito no se comete si se actúa pasivamente, sino mediante una actuación maliciosa contraria al cumplimiento impuesto en la sentencia de divorcio, ha de entenderse que no basta con el mero incumplimiento, sino que la malicia debe concurrir en el mismo; y en el caso de autos, no se ha demostrado tal circunstancia atendidas las concurrentes antes descritas, por lo que no procede sea sancionado el recurrente.*

2. *Procede absolver al denunciado cuando el mismo se encuentra afectado de una enfermedad que le impide ejercer su profesión.*

AP MALAGA, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Godino Izquierdo.

El detenido examen de las actuaciones conduce a la Sala a la estimación del recurso de apelación estudiado y a la revocación de la sentencia de instancia, pues aunque el art. 487 bis del Código Penal de 1973, regulador del delito de abandono de familia por impago de pensiones, introducido en dicho Cuerpo Legal por LO 3/89 de 21 de junio, y hoy día contenido en el art. 227 del vigente Código Penal de 1995, tiene una indudable naturaleza objetiva, no puede, sin embargo, admitirse que esa naturaleza llegue a excluir por completo la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo del injusto que configura la infracción penal, esto es, la voluntad consciente, voluntaria y deliberada de incumplir el pago de pensiones convencional o judicialmente acordadas, de suerte que no puede apreciarse la infracción cuando el

acusado se encuentra en una acreditada situación de absoluta penuria económica, determinante del incumplimiento, con independencia de la voluntad del mismo.

Y esto es lo que ocurre en el supuesto de autos, en el que de la amplia prueba documental aportada, se desprende que el acusado hoy recurrente carece prácticamente de medios para subsistir, pues siendo taxista de profesión se encuentra aquejado de una grave osteoporosis con aplastamiento de dos vértebras que le impide ejercer personalmente esa profesión y le obliga a acudir a un asalariado, al que lógicamente ha de pagar el salario convenido; siendo significativo que la propia esposa reconoce que cuando el Juez le atribuyó la explotación del taxi (medida que fue revocada por la Audiencia) pa-

gaba al trabajador y los gastos de mantenimiento del vehículo, “quedando algún dinero”, con el que desde luego también tenía que subsistir el acusado, quien según informe policial tan sólo tiene el piso que fue

asignado a la esposa, encontrándose actualmente de baja en su profesión de taxista, teniendo que vivir en la casa de un amigo, sin que se le conozca ningún bien.

3. *Si el pago de la pensión se estableció anualmente, aplicando el antiguo art. 487 bis del CP, no puede tipificarse la conducta del que no paga la pensión durante dos años.*

AP VIZCAYA, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Mateo Ayala García.

Entiende el denunciado que el tipo no puede ser aplicado porque no ha transcurrido el presupuesto del mismo, esto es, no se han incumplido 6 meses no consecutivos, ya que la pensión compensatoria debía ser abonada de una vez cada año dentro de los 15 primeros días del mes de enero, y sólo se están enjuiciando los incumplimientos de los meses de enero de 1990 y 1992, luego faltan tres consecutivos o seis no consecutivos.

El tipo del 487 bis del antiguo CP. —que es el aplicado en sentencia— establece: El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio. Por lo tanto, el supuesto de hecho es el impago de una prestación de periodicidad mensual. El término mes está tomado en su sentido natural, como periodo temporal de división del año. El tipo configura la acción como una habitualidad tasada, en cuya virtud sólo son incardinables en él los incumplimientos de prestaciones económicas de cualquier tipo siempre que se produzcan con las características expresamente enunciadas: prestaciones de carácter mensual, en

número de tres consecutivas o seis no consecutivas.

En el caso, la prestación económica no es mensual sino anual. El sujeto viene obligado al pago una vez al año, una sola vez dentro de los quince primeros días del mes de enero. La referencia al mes de enero no reconfigura el delito, en el sentido pretendido por la recurrente de que tres meses de enero consecutivos o seis meses no consecutivos integrarían el delito, sino que es puramente instrumental, sirve para establecer cuándo ha de hacerse el pago, que sigue siendo anual y, por tanto, fuera de la previsión típica.

Esta interpretación no puede ser sustituida por otra que deje de lado la temporalidad anual de la pensión pactada en el sentido de que también la prestación anual incumplida tres veces consecutivas o seis no consecutivas cumple el tipo, pues en ese caso se quebrantaría el principio de legalidad y el principio de tipicidad. Si se aplica el tenor del 487 bis a supuestos no previstos en él, se estaría llevando a cabo una interpretación analógica contra reo, con analogía prohibida.

Esta situación fue denunciada por la doctrina, que entre otros muchos aspectos de la regulación, puso de manifiesto las lagunas legales injustificadas a que la redacción dada podía dar lugar. Esta es una de ellas. La si-

tuación ha venido a ser corregida por la redacción del mismo delito en el nuevo CP cuyo art. 227 añade un párrafo 2.º en el que se castiga también con la misma pena al que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

Por lo tanto, sobre la base de los hechos probados declarados en la sentencia se im-

pone la absolución por el delito de impago de pensiones, no porque la prueba haya sido mal valorada, o no se hayan tenido en cuenta en la sentencia las posibilidades económicas del obligado al pago o la boyante economía que según el recurrente tiene la querellante, pues la prueba ha sido exhaustiva, pormenorizada, correcta y racionalmente valorada por la Juzgadora, sino que los hechos no entran dentro de las previsiones típicas del 487 bis.

4. *La situación de paro o desempleo y la inscripción o no en el INEM no son obstáculos para la comisión del delito.*

AP BALEARES, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló.

El abandono de familia es un delito que se estructura como una infracción omisiva pura; y es sabido que, frente a la mayoría de los delitos, como son los de acción, que se tipifican con base en la vulneración de una norma prohibitiva (de no hacer o llevar a cabo el comportamiento descrito en el precepto penal), el tipo de injusto de los delitos omisivos en sentido estricto se configura mediante una posición de deber, como acción esperada por el ordenamiento, conculcándose en ellos una norma preceptiva o mandato de hacer lo que se espera por la comunidad que el sujeto haga. Tan profunda diferencia entre los delitos de acción y los de omisión, implica una distinta estructuración, de modo que en los omisivos, además de que alguno de ellos contengan una referencia expresa a la exigibilidad ("pudiendo hacerlo"), se presupone que el sujeto haya podido efectivamente llevar a cabo la acción esperada. Subyace pues en este delito de impago de pensiones un elemento típico implícito (en la por otra parte clara descripción legal), que no es otro que la posibilidad real de llevar a cabo la acción esperada (y por tanto debida) de efec-

tuar el pago de las prestaciones económicas allí contempladas. Por ello, algunos Jueces y Tribunales, profundizando en la entraña valorativa que llevó al legislador a castigar estas conductas, entienden que, al elemento objetivo consistente en el pago de pensiones durante los períodos establecidos en la expresa descripción típica, ha de aunarse, para la perfección del delito, un elemento subjetivo, integrado por la maliciosa voluntad de incumplir que obviamente faltará cuando el sujeto no tenga la posibilidad de afrontar la obligación del pago de la pensión de que se trate.

No es de extrañar que, en múltiples ocasiones, las defensas basen la solicitud de absolución en el hecho de que el acusado no le sea posible efectuar el pago de la pensión alimenticia fijada. Estas líneas defensivas fijadas han suscitado a la vez el problema de determinar a quien corresponde la carga de probar la imposibilidad del pago de la pensión. Frente a la postura de quienes sostienen que, siendo un elemento implícito en el tipo, han de ser las partes acusadoras las que de-

ban probar la posibilidad efectiva de afrontar el pago, están los que entienden que a la acusación le basta con acreditar la parte objetiva del delito, porque, aparte de consideraciones político-criminales (que abundan en las razones que llevaron a elevar a la categoría de delito estos comportamientos), es el que alega la imposibilidad a quien corresponde su prueba.

La cuestión, así planteada en tales términos apriorísticos, debe rechazarse, ya que, pareciendo en principio que quien alega algo sea el que haya de probarlo, no hay que olvidar que la posibilidad efectiva de poder pagar la pensión es un elemento típico, implícito, y que incorpora una cláusula de inexigibilidad (de respetar la norma cuando ello no es posible); entendemos que, al fin y la postre, algún esfuerzo probatorio ha de demandarse a los acusados, ya que, en la práctica, se habrá aportado por ellos, y por sus defensores, unos datos y unos hechos indicativos de la alegada imposibilidad de cumplir la obligación alimenticia que precisan ser rebatidos o contrastados para, en definitiva, acreditar la realidad de tal imposibilidad de hacer frente al pago de la pensión. Parece ser, pues, tarea de todas las partes el esfuerzo probatorio, máxime cuando serán los indicios de que se disponga los que determinarán, o no, o lo dejarán en la duda, si hubo aquella maliciosa, y por lo común empecinada, voluntad de no pagar la pensión.

En resumidas cuentas, hay que acreditar tal voluntad (que, si no es confesada, deberá deducirse, como todo elemento de carácter subjetivo, mediante prueba indiciaria), y, si se alega la imposibilidad de afrontar el pago de la pensión, no bastará únicamente decirlo, sino que deberá acompañarse de algún dato del que pueda deducirse, en este caso, la prueba de la acusación, o de las acusaciones, deberá orientarse o encaminarse a la demostración de que existen hechos (probados) de los que inequívocamente se infiera aquella empecinada voluntad de incumplimiento; y es ésta una labor que se ha de llevar a cabo por quien sostenga que el delito se ha come-

tido; tal tarea en muchas ocasiones consistirá en desmontar los datos y hechos en que se haya basado la alegada imposibilidad de cumplir la obligación, en el bien entendido de que siempre se contará con el indicio base o raíz cual será el efectivo impago en los plazos legalmente determinados, que es el dato que, en su caso, hay que completar.

Examinado el supuesto objeto de este recurso de apelación, a la luz de las anteriores consideraciones, resulta que el Magistrado-Juez de lo Penal ha desglosado una escueta serie de datos indiciarios por los que no infiere, según reglas de la lógica y de la experiencia, que exista esa voluntad empecinada de no afrontar el pago de la pensión fijada judicialmente en el proceso matrimonial. Es más, nuestras dudas sobre la posibilidad real de pago cuando el acusado debió abonar el importe de un cheque y no tuvo otros ingresos que el trabajo por cuenta ajena durante cuatro meses. No obstante, el acusado manifestó al Juez Instructor, a 26-IV-96, que no trabajaba por lo que le era imposible cumplir la obligación impuesta al no percibir subsidio alguno, a pesar de que ocultó haber trabajado durante aquel período al declarar que hacía tres años que estaba en paro y en demanda de empleo al INEM.

Tal conclusión no se comparte por este Tribunal, el cual entiende que desde enero a marzo 95 pudo satisfacer la pensión alimenticia a la esposa, sin dejar desamparados a los dos hijos menores, ni se comprende el mantenimiento en el alta como autónomo ante la Seguridad Social si no es para evitar ser llamado al mercado de trabajo si estuviese de baja, y ello desde 1-III-92, ocultando los ingresos a la esposa, y sin abonar cantidad alguna desde 1-5-94, siquiera mínima, intermitente e irregular. Por demás, existen otros hechos-indicios base reveladores de la voluntad de incumplimiento, a explicitar como prueba indiciaria como son inexistencia de pagos parciales o a cuenta, abono de otros gastos directos e ineludibles a excepción de un cheque de importe aproximado a 50.000 ptas., o cobertura impuntual de necesidades

de esposa e hijos, fácilmente acreditables, y que permiten constatar solvencia económica, aunque en períodos puntuales en que, pudiendo hacerlo, no abone la pensión alimenticia, voluntaria y conscientemente, lo que ha venido manteniendo nada menos que durante cuatro años.

No concurren, consiguientemente en este caso, elementos excluyentes de la antijuricidad o de la culpabilidad, y si aparecieron imposibilidad o serias dificultades para cumplir la prestación debieron notificarse a la esposa y al Juzgado de Familia o promover incidente de modificación de medidas para revisar el importe de la pensión alimenticia mensual, y participar las razones, causas y motivos de la imposibilidad, del cumplimiento parcial o de retrasos que, periódicamente, justificasen su proceder.

La situación de paro o desempleo y la inscripción o no en el INEM no pueden operar,

en estos supuestos, como conraindicios; y la cantidad fijada mensual tampoco es tan elevada para que, o impuntual o parcialmente, pudiese ser abonada, y menos lo era durante el período en que el acusado trabajó para la entidad "I." y pudo hacerlo. El acusado no acredita ser deudor ante numerosos acreedores por cantidades líquidas, vencidas y exigibles; y, si bien no es receptor de ninguna prestación del "INEM" ni del "INSS", consta de alta como autónomo desde 1-3-92 y no le conviene (por ignoradas razones) darse de baja, y a la vez lo está como demandante de empleo por no renovar la demanda desde 30-5-95 pudiendo solicitarlo puesto que para ello debe darse de baja como autónomo sin necesidad de pagar las cuotas pendientes. Consecuentemente, el incumplimiento por parte del acusado de abonar mensualmente la pensión alimenticia ha sido voluntario, consciente, persistente y completo.

5. *No puede justificarse el impago de las pensiones alimenticias por haberse atendido a otras deudas (préstamo hipotecario, gastos vivienda, etc).*

AP LERIDA, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Moreno Cardoso.

Es evidente que si el acusado cumplió desde la sentencia en 1993 hasta agosto de 1996 con el pago de la pensión alimenticia señalada, no son pretextos justificadores para el incumplimiento a partir de dicha última fecha, los gastos de la vivienda que son permanentes, ni el pago de préstamo hipotecario, ni otras posibles deudas, frente a las que es preferente la de alimentos. Pero es que, además el supuesto cambio de circunstancias que mueve al acusado para el planteamiento de la demanda de modificación de medidas tiene lugar cuando existen en marcha las dos denuncias por impago de la pensión y el delito ha sido ya cometido, pues el

tipo del art. 227 CP no exige requerimiento previo al deudor, sino que se limita a señalar "el que dejare de pagar...", sin que pueda cuestionarse que el acusado ignorara su obligación de pagar, porque lo había hecho durante los últimos tres años, ni podía cobijarse para no seguir haciéndolo en la eventualidad de que no podía ver a su hija, puesto que si ello fue así debió de acudir al Juez civil para exigir tal cumplimiento por parte de su exmujer pero nunca contraponerlo con otro incumplimiento, despreciando de este modo las necesidades de su hija, ajena a las disputas personales de los excónyuges.

6. *La circunstancia de que la hija esté atendida por la madre no releva al padre de pagar la pensión establecida en la sentencia.*

AP MALAGA, Sec. 1.^a, Sentencia de 3 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Peralta Prieto.

El apelante basa su recurso en tres causas: 1.—La atención por el recurrente al pago de las cargas que tenía el matrimonio. 2.—La carencia de medios para hacer efectivo el pago de la pensión fijada. 3.—La ausencia de perjuicio para la menor al hallarse esta atendida, entendiéndose que estas causas conjugadas entre sí acreditan un estado de necesidad que le exime de responsabilidad, hechos que se acreditan con la prueba practicada y que a su criterio ha sido erróneamente valorada por el juzgador de la instancia.

Analizada la causa por esta Sala, y la prueba practicada en la misma, no se observa que ella haya sido erróneamente valorada por el juzgador de instancia, el cual en su razonada y motivada resolución, analiza la misma de forma detallada, aclarando la integración de la conducta del apelante en el tipo delictivo del actual artículo 227 del CP, y del anterior 487 bis del CP de 1973. Las causas alegadas en el recurso de apelación, no son justificativas del impago producido, pues no se puede considerar preferente el pago de cargas del matrimonio por la adquisición o continuación en la posesión de bienes, que el cumplimiento de deberes legales inherentes a la patria potestad, estando éstas además fijadas judicialmente, pues ello va en claro detrimento de la hija que tiene derecho a percibirla sin que se acredite imposibilidad en el

pago, carga de la prueba que le hubiese correspondido acreditar, y no lo hace, constando al contrario en la causa, y así lo aprecia no solo el juzgador de la instancia, sino los órganos jurisdiccionales civiles de 1.^a y 2.^a instancia, que fijan la pensión, la existencia de ingresos capaces de hacer frente al pago de lo fijado. Igualmente el hecho de que la hija esté atendida en lo necesario para su subsistencia (ya sea por la madre, o por el Estado en asistencia beneficiaria en defecto de ella si llegase a producirse) no le exime de su obligación respecto de ella, ni a dejar su atención prioritaria, en perjuicio de la misma, para atender otras necesidades propias y patrimoniales, pues el cumplimiento de lo acordado perjudica a la persona en cuyo favor se fija la pensión, habiendo incumplido la obligación de forma reiterada, pese a los diversos acuerdos judiciales, reiterativos de la obligación de pago y cantidad acordada, por tiempo muy superior al fijado en el tipo penal, procediendo desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida, que se mantiene en su totalidad, pues la acción del apelante se integra en el tipo penal reseñado y no le es aplicable el art. 20.5 del CP, pues no concurren los elementos necesarios para ello, entre ellos el esencial al evitar un mal mayor o igual al causado.

DERECHO COMPARADO

EL DIVORCIO EN ESCANDINAVIA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

I. SUECIA.

1. **Fuentes legales.**
2. **Causas de divorcio.**
3. **Jurisdicción. El Nämnd.**
4. **La comunidad económica conyugal o Gifto rätt.**
5. **Divorcio de la comunidad: El contador partidador dativo (“Odebringsförrättare”).**
6. **Efectos del divorcio.**
7. **Alimentos.**
8. **Pensión compensatoria.**

II. NORUEGA.

1. **Fuentes legales.**
2. **Causas de divorcio.**
3. **Jurisdicción.**
4. **La comunidad económica conyugal.**
5. **Efectos del divorcio.**

III. DINAMARCA.

1. **Fuentes legales.**
 2. **Causas de divorcio.**
-

3. **Comunidad (aplazada) de bienes.**
4. **Efectos y medidas.**

IV. **APENDICE COMPARATIVO CON LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

1. **Introducción.**
 2. **Comparación y mimetismo.**
 3. **Comunidad aplazada y libertad de capitulación.**
 4. **Comunidad aplazada y régimen de participación.**
 5. **Comunidad diferida y comunidad actual: la comunidad en liquidación.**
 6. **El beneficio de inventario en la liquidación de gananciales.**
 7. **Liquidaciones sin inventario.**
 8. **La partición hecha por medio de contador-partidor.**
 9. **La segunda vía.**
 10. **La tercera vía.**
 11. **La aprobación judicial de la partición.**
 12. **Contrato divisorio y contrato de transacción.**
-

A continuación presentamos un resumen de las leyes de divorcio vigentes en los tres países escandinavos, Suecia, Noruega y Dinamarca⁽¹⁾. Estos tres Reinos estuvieron políticamente unidos desde el año 1397 al 1523, durante la llamada “Unión de Kalmar”, pero su evolución posterior —religiosa, lingüística, cultural y legislativa— ofrece un indudable paralelismo que invita al tratamiento conjunto⁽²⁾.

A fin de evitar repeticiones expondré primero la regulación del divorcio en Suecia., y luego, con referencia a este prototipo, señalaré las particularidades y diferencias más destacadas de los otros dos países. En este orden expositivo no debe verse, sin embargo, ninguna hegemonía ni prioridad del Derecho sueco. La misma simplificación podría hacerse tomando como punto de partida, a efectos de posteriores referencias, las instituciones jurídicas danesas o noruegas.

I. SUECIA

1. Fuentes legales

Código de Padres, Tutores y Menores (1949). Código del Matrimonio (1987). Ley de las Parejas no Casadas (1987). Ley de las Parejas Homosexuales (1987). Ley de la Paternidad (1994).

2. Causas de divorcio

Después de la reforma legislativa que tuvo lugar en 1973, han desaparecido todas las causas de divorcio de matiz culpabilístico, quedando subsistente una única y universal causa o fundamento del divorcio: el mutuo disenso.

Al mutuo disenso se equipara, por una ficción legal, la petición de divorcio formulada por uno sólo de los cónyuges, ratificada por el cónyuge peticona-

(1) Dentro de Escandinavia se suele incluir también a Finlandia y a Islandia.

(2) En particular los países escandinavos abrazaron decididamente la Reforma Luterana que como se sabe, considera el matrimonio un rito religioso, no un sacramento. Este punto de vista ha podido contribuir a dinamizar la institución y a introducir reformas audaces en la concepción tradicional de las relaciones interpersonales. Dinamarca, por ejemplo, fue pionera en crear un Registro de Parejas Homosexuales.

rio⁽³⁾ o por el otro (no necesariamente por ambos) después de un período de reconsideración de seis meses.

Si la voluntad unilateral de divorciarse encuentra apoyo en algunas de las que para nosotros serían causas de nulidad matrimonial⁽⁴⁾ (consanguinidad, bigamia), o en una previa separación de hecho que haya durado más de dos años, no es necesario abrir el período de reconsideración.

El período de reconsideración no tiene una finalidad conciliadora⁽⁵⁾ en sentido activo, sino más bien el de tiempo de espera.

(3) La petición ha de reiterarse en cualquier caso antes del año de presentación de la demanda. El art. 82.5º del C.C. español también establece para la separación una presunción de mutuo disenso por el transcurso de seis meses después de requerido el cónyuge disconforme con la separación, si durante ese tiempo guarda silencio, o bien toma la iniciativa de separarse. La diferencia con el caso sueco es, aparte de los efectos más limitados, que en España puede desvirtuarse la presunción mostrando la voluntad en contra, mientras que en Suecia, donde el requerimiento viene sustituido por la interpelación judicial y la separación por el divorcio, al demandado que no desea divorciarse no le cabe más remedio que tratar de convencer al actor para que no ratifique la petición después del período de reconsideración. En cierta forma Suecia ha retornado a la idea romana de que sin *affectus maritalis* el matrimonio se desvanece y deja de existir, porque su esencia consiste precisamente en el *affectus* o voluntad continuada de los cónyuges de vivir juntos como marido y mujer. En parecidos términos, el art. 1.700 4º del CC consagra como causa de extinción de la sociedad la falta de voluntad o de *affectus societatis*. A pesar de ello, la disolución de la sociedad por esta causa viene condicionada a que la voluntad del socio de apartarse de la sociedad no sea inoportuna, es decir, que no se produzca “cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad, está interesada en que se dilate su disolución” (Art. 1706). Este es el fondo de la dificultad ante la que han retrocedido los defensores del divorcio libre. Las palabras transcritas del art. 1706 tendrían una fácil traducción al campo de la sociedad conyugal, porque, habiendo hijos menores, “las cosas no están íntegras” y la Sociedad, con mayúsculas, está interesada en la continuación del matrimonio “hasta la terminación de los negocios pendientes”.

(4) La supresión en Suecia de la categoría de la separación conyugal y la refundición de la nulidad con el divorcio, parecen un retorno a la idea clásica de que el matrimonio es una convivencia de hecho, un *status* que no descansa en una *conventio*, sino en una voluntad peregrina aunque duradera (*affectus*) que se renueva día tras día. Si los cónyuges viven separados, ya no son matrimonio. La separación era divorcio y el divorcio separación. (Como parece indicar su etimología, *matris munio*, fortaleza o bastión de la madre, la finalidad de la institución debió ser originariamente asegurar al padre que los hijos concebidos por la mujer eran suyos, así que el cese en la convivencia destruía el matrimonio, concebido como santuario de la maternidad, en su misma raíz).

(5) Los cónyuges, no obstante, pueden acudir a los buenos oficios de los mediadores oficiales con que cuenta todo Municipio.

3. Jurisdicción. El Nämnd

No hay en Suecia Juzgados de Familia especializados. La petición se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia (Tingsrätter). Las decisiones del Juzgado son apelables ante el Tribunal de Apelación (Hovrätter). A veces puede acudir también al Tribunal Supremo (Högsta Domstolen) si se han cometido en la instancia errores graves de procedimiento o en la aplicación de leyes sustantivas, y siempre que el caso ofrezca una problemática de interés desde el punto de vista jurisprudencial.

Los Tribunales pronuncian las decisiones, pero su ejecución corre a cargo de Tribunales administrativos (Länsrätt).

Una institución curiosa, de origen medieval, que funciona dentro de los Tribunales de primera instancia, es el Nämnd: especie de jurado compuesto por asesores legos elegidos por los Concejos municipales por un período de seis años, aunque en la práctica las mismas personas son frecuentemente reelegidas. A diferencia del jurado angloamericano ⁽⁶⁾, el Nämnd sueco no se limita a dar un veredicto de culpabilidad, sino que puede decidir por mayoría la totalidad del problema litigioso, aún contra la opinión técnica del Juez. Interviene también en algunos procesos civiles, v.g. en los matrimoniales, para decidir las medidas que deben acompañar o seguir al divorcio.

⁽⁶⁾ Las diferencias del Nämnd sueco y el jurado americano son, hasta cierto punto, teóricas. Como ya denunció hace tiempo el juez Jerome Frank (*“Law and The Modern Mind”*, Anchor Books, ed.1963, p. 183 y ss.) el jurado americano, que en teoría recibe de la ley el encargo de “buscar los hechos”, lo que produce es un veredicto general del asunto, porque previamente ha sido instruido por el juez acerca de las consecuencias que tendría cada veredicto. En definitiva lo que el jurado le dice al juez es quién debe ganar el pleito. Y como por otra parte no necesita motivar su convicción, siempre queda en penumbra si los hechos que el jurado ha “descubierto”, o por los que se ha dejado impresionar, han sido o no hechos jurídicamente relevantes.

En su origen, posiblemente, el jurado no debió ser más que la corporación de vecinos conocedores del hecho que se iba a juzgar. Con el tiempo estos testigos presenciales fueron sustituidos por testigos indirectos que, a lo largo del juicio, oyen y ven las pruebas que otros refieren y se forman una convicción. Si se recuerda que esta rudimentaria prueba de testigos vino a sustituir a los tormentos y a las ordalías, que por entonces se utilizaban para averiguar la verdad, se comprende el entusiasmo con que la institución fue acogida en la Edad Media. Hoy resulta difícil defender el jurado sobre bases puramente técnicas, porque ello es tanto como defender la conveniencia de que quienes administran justicia posean ciertas dosis de ignorancia o inexperiencia en cuestiones legales. Desde luego cualquier Abogado que tenga que defender un caso desesperado preferirá siempre un juicio con jurado dada la impredecibilidad del veredicto. Por la misma razón, nadie que tenga un caso claro lo encomendaría a un jurado, si puede elegir. Para una defensa del jurado como institución política, ver Alexis de Tocqueville: *“La Democracia en América”*, FCE, ed. 1987, pp. 273 y ss.

El juez puede prescindir de los asesores legos con la conformidad de las partes en casos sencillos.

4. La comunidad económica conyugal o Gifto rätt

La división de las propiedades como consecuencia del divorcio es tema de primerísima importancia en Suecia como en todas partes.

El régimen legal del matrimonio sueco es una variante del sistema de participación⁽⁷⁾. Cada cónyuge tiene, mientras no se disuelva el matrimonio, la libre administración y disposición de sus bienes, como en el régimen de separación⁽⁸⁾. Pero al morir uno de ellos o producirse el divorcio, reúnen los bienes de ambos y, después de deducidas las deudas, parten la masa patrimonial por mitad. Por ello a veces se describe este régimen legal como una comunidad aplazada⁽⁹⁾.

(7) Las similitudes y diferencias serán tratadas con extensión en el Apéndice.

(8) Concuera con el art. 1412 del CC español.

(9) La comunidad aplazada o diferida no solo se da en Escandinavia. La encontramos también en todas las Provincias del Canadá (cfr. “El Divorcio en Canadá”, en esta Revista) y en Alemania (Zugewinnngemeinschaft). Esta última comunidad de ganancias germánica parece haber inspirado el régimen español de participación.

La comunidad aplazada escandinava, sobre todo en sus versiones danesa y sueca, no es sólo una comunidad de ganancias sino universal de todos los bienes, salvo pacto en contrario. Comunidades parecidas de bienes (no de ganancias) las encontramos en nuestro Derecho:

— La comunidad foral de Vizcaya, salvo que aquí la comunicación de bienes es inmediata (no diferida) de modo que los actos de enajenación y gravamen sobre bienes raíces comunicados, constante matrimonio, necesitan del consentimiento de ambos consortes;

— La comunidad universal de bienes, admitida como régimen convencional en Navarra; la sociedad conyugal y la familiar o extensa de conquistas, también de Navarra;

— La hermandad llana y la sociedad conyugal tácita aragonesas.

Todas ellas, a diferencia de la comunidad escandinava, son formas de comunidad de presente, que hacen comunes los bienes incluidos en el régimen desde el momento mismo en que comienza.

Por su parte, la sociedad legal de gananciales, que es también una comunidad de presente no lo es de ganancias contra lo que su nombre indica. (Manresa: *Comentarios al Código Civil Español*, Editorial Reus, 1930, p. 477).

La única comunidad diferida de la que tenemos noticia en nuestro Derecho es, aparte del régimen de participación del C.c., la llamada *mitja guadanyeria* propia del Valle de Arán, en cuya virtud los cónyuges reparten ganancias a la muerte de uno de ellos, existiendo mientras tanto independencia para gestionar cada uno su propio patrimonio, como en régimen de separación de bienes. (Ver Encarna Roca y L. Puig Ferriol: *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, CECA, 1987, p. 299 y ss.)

Los cónyuges pueden excluir de la comunidad aplazada los bienes que deseen, e incluso pactar una absoluta separación de todos los bienes presentes y futuros⁽¹⁰⁾. Pero, en defecto de pacto escrito y registrado, todos los bienes traídos al matrimonio, más los adquiridos dentro de él por cualquiera de los cónyuges o por los dos, están sujetos a reparto tras la disolución.

Si los bienes fueron adquiridos a título gratuito hay que estar al carácter con que se donaron o dejaron en herencia. Si nada se expresó en el acto de liberalidad, se entenderá que forman parte de la comunidad aplazada⁽¹¹⁾.

Los cónyuges también pueden incluir en la comunidad bienes que sean privativos⁽¹²⁾. Eventualmente, los pactos matrimoniales sobre inclusión o exclusión de bienes podrán ser anulados judicialmente si por las circunstancias del caso se aprecia que hubo abuso o fraude de un esposo a otro.

Los frutos y mejoras de los bienes son privativos o no según la naturaleza del bien que los haya producido⁽¹³⁾.

Los bienes adquiridos con dinero procedente de la venta de otros bienes ocupan, por subrogación real, el lugar del bien al que sustituyen y tienen el mismo carácter que éste⁽¹⁴⁾.

La afección de destino de los bienes que han de dividirse impone ciertas restricciones a los actos dispositivos que sobre ellos puede realizar el cónyuge titular. En particular cualquier acto realizado en fraude del otro cónyuge, e incluso el fundado temor de que vaya a realizarse, legitima para pedir una liquidación anticipada del régimen o bien una indemnización pecuniaria⁽¹⁵⁾.

5. División de la comunidad: El contador partidor dativo (“Odebringsförrattare”)

Tras el divorcio, la división de los bienes afectos a la comunidad la llevan a cabo generalmente los propios cónyuges. Si ello no es posible se les nombra un

(10) Cfr. art. 1435 del CC.

(11) Cfr. art. 1353 para los gananciales.

(12) Apréciase el contraste con el art. 1355, sobre atribución convencional de carácter ganancial a bienes semiprivativos.

(13) Compárese con arts. 1347 y 1359 para los gananciales. En el régimen español de participación no se precisan normas parecidas, ya que los frutos y mejoras no consumidos durante el régimen, se manifiestan al final como aumento del patrimonio correspondiente y entran en la participación.

(14) Cfr. art. 1346,3º y 1347,3º y 4º.

(15) Cfr. arts. 1390, 1391 y 1393, 2º, para los gananciales; y arts. 1433 y 1434, para el régimen de participación.

contador-partidor⁽¹⁶⁾, quien puede impetrar el auxilio del Tribunal para que decrete las medidas precisas para hacer el inventario de los bienes y de las deudas.

Los bienes y deudas a inventariar son los existentes en el momento de pedirse (no en el momento de concederse) el divorcio⁽¹⁷⁾. Cualquier bien adquirido o deuda contraída con posterioridad a esta fecha, serán privativas⁽¹⁸⁾.

Los bienes se valoran a valor actual, no al que tuvieran al iniciarse ni al finalizar el procedimiento de divorcio⁽¹⁹⁾.

El ejecutor nombrado consultará con los cónyuges para hacer un reparto que merezca su conformidad. Si ello no es posible, hará las adjudicaciones por sí mismo, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- Procurará adjudicar cada bien al cónyuge al que pertenezca, en tanto quepa en su haber.
- Por excepción, la vivienda conyugal y el ajuar doméstico los adjudicará al cónyuge más necesitado⁽²⁰⁾ (que, habiendo hijos, será el que haya obtenido su custodia). Si el valor de la vivienda conyugal excediera del haber del adjudicatario, fijará un suplemento a metálico para

(16) No veo inconveniente en que los esposos acudan para dividir los gananciales a un contador-partidor dativo, al amparo del art. 1057.2º. El encargo al tercero para que realice la partición exige que ratifiquen luego el cuaderno particional. Así se deduce del mismo art. 1.057, que exige la aprobación judicial de la partición hecha por el contador dativo, “salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios” (que en el presente contexto significa ratificación de los dos cónyuges). Aquí, el tercero nombrado directamente por los cónyuges, más que un contador-partidor dativo (que ha de nombrarlo siempre el juez), sería un simple mandatario sin representación cuya gestión o trabajo debe ser ratificado por los mandantes (arts. 1259.2º y 1727.2º).

Si la partición de gananciales hecha por el contador dativo no la ratifican los cónyuges, estos tendrían que acudir al juicio voluntario de testamentaría, cuya esencia consiste, precisamente, en nombrar uno o varios contadores-partidores dativos, y someter luego la partición a aprobación judicial, abriendo un incidente en caso de oposición, que se tramita en pieza separada como juicio ordinario. (Ver tratamiento extenso en Apéndice).

(17) Sabia medida, que contrasta con nuestro art. 1415 en relación con art. 1392.1º, que considera extinguido el régimen de participación (y el de gananciales en su caso), no cuando se pide el divorcio sino cuando se concede. Sin embargo, en este interregno es precisamente cuando suelen producirse más fraudes entre los cónyuges.

(18) Cfr. art. 1437 en relación con art. 1435.3º.

(19) Lo mismo en España, SS. 23-XII-1993 y 8-VII-1995.

(20) En la liquidación de gananciales la vivienda es de preferente adjudicación al viudo, mas no al divorciado (art. 1406.4º).

el otro cónyuge, pagadero de forma que no obligue al adjudicatario a tener que vender la vivienda para pagar el débito⁽²¹⁾.

- Los efectos personales, las pensiones del Estado, el derecho a alimentos, y los derechos de caza y pesca⁽²²⁾, pertenecen al cónyuge respectivo y no se inventarían.

Excepcionalmente puede modificarse la regla de reparto igualitario de los bienes⁽²³⁾, cuando, de hacerlo, resulte una patente injusticia, bien debido a la desigualdad de las fortunas aportadas por cada cónyuge, unido a la corta duración del matrimonio, bien a causa de tener que compensar perjuicios derivados de la mala administración de uno de los cónyuges después de haberse solicitado el divorcio, o de arreglos patrimoniales fraudulentos realizados durante los tres años anteriores a dicha petición.

Hecha la partición, los cónyuges disponen de un plazo para impugnarla judicialmente⁽²⁴⁾.

6. Efectos del divorcio

Aparte de la división patrimonial antes estudiada, y de la posibilidad de volver a contraer nuevo matrimonio, el divorcio hace cesar la obligación ali-

(21) Cfr. art. 1407. Del valor de la vivienda conyugal no se descuenta el del uso que haya sido atribuido a uno de los cónyuges (S. 23-12-1993). La razón que apunta el Supremo —que el uso de la vivienda familiar no es una carga del inmueble que deba descontarse de su valor total, sino que debe considerarse “como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado”, no termina de convencernos, aunque estemos de acuerdo con la solución. Para nosotros la razón estaría más bien en que los cónyuges tienen de todas formas derecho a usar el bien ganancial, de suerte que la atribución del uso por el Juez de Familia no concede al beneficiado ningún derecho nuevo que antes no tuviera. Lo que hace es excluir al otro cónyuge, en aras de la paz familiar, del uso al que asimismo tenía derecho. Además, con la adjudicación desaparece a *fortiori*, por consolidación, el derecho de uso. Lo que obliga a tener que revisar seguramente otras medidas de carácter económico (ver al respecto el excelente trabajo sobre “La Extinción del Derecho de Uso sobre la Vivienda Familiar”, de R. RODRIGUEZ CHACON, en el n.º 2 de esta Revista, pp. 51 y ss.)

(22) Cfr. Art. 1406,1º (efectos personales), art. 1346.5.º (derecho a alimentos y demás no transmisibles *inter vivos*), Disp. Adic. 10.ª, Ley 30/81 (pensiones) y art. 611 en relación con la regulación autonómica correspondiente, para los derechos de caza y pesca.

(23) El reparto desigual de las ganancias en nuestro régimen común de participación tiene que pactarse al constituirse el régimen (art. 1429) y es válido siempre que sea recíproco y que no existan descendientes no comunes (art. 1430).

(24) Art. 1079 de la LEC.

menticia entre cónyuges⁽²⁵⁾ y también hace perder los derechos hereditarios recíprocos⁽²⁶⁾.

Tales derechos sucesorios (que se pierden con el divorcio) son:

— El de suceder abintestato al cónyuge premuerto, incluso habiendo hijos comunes⁽²⁷⁾. La posición de los hijos comunes con respecto al progenitor superviviente es, en Suecia, comparable a la llamada comunidad continuada, admitida en las compilaciones de Aragón (arts. 60 y 61) y Navarra (Ley 9/14), y que algún sector doctrinal defiende también como posible en Derecho Común⁽²⁸⁾.

— Si el cónyuge concurre a la herencia de su consorte con hijos de este último únicamente, pueden éstos exigir inmediatamente su parte de la herencia.

— En la sucesión testada el cónyuge tiene una legítima que se cuantifica en función de un índice estadístico anual, llamado el capital-base⁽²⁹⁾. Si lo que le ha correspondido en la división de la comunidad aplazada no alcanza el valor de cuatro veces el índice del capital-base, el cónyuge viudo recibirá como legítima lo que le falte hasta dicha cantidad con cargo a la herencia de su causante.

Las disposiciones testamentarias hechas en favor del cónyuge quedan automáticamente sin efecto (sin necesidad de revocar el testamento) por el hecho de pedirse el divorcio⁽³⁰⁾. La custodia de los hijos no suele sufrir modificación por el divorcio. Los padres seguirán compartiendo en principio las tareas de velar por los hijos (custodia) y de administrar sus bienes (guarda). Pero puede suce-

(25) Igual que en España: art.143.1º a *sensu contrario*, y art. 68, *in fine*, también a *sensu contrario*.

(26) Entre nosotros se pierde la legítima desde la separación de hecho siempre que se trate del cónyuge culpable (art. 834). También las causas de desheredación del cónyuge son en nuestro derecho causas culpabilísticas (art. 855). Lo normal será que el cónyuge divorciado revoque rápidamente cualquier testamento que tuviese hecho a favor de su consorte. Pero si fallece sin haberlo revocado, surge un resultado indeseado debido a la descoordinación que hay en el CC entre las causas de indignidad para suceder los esposos (art. 756) y las causas de divorcio (art. 86).

(27) Art. 945

(28) J.L. DE LOS MOZOS: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Rev. De Derecho Privado, Tomo 18, p. 432.

(29) Los índices estadísticos, a que tan a menudo recurren las leyes escandinavas, constituyen criterios más objetivos y eficaces que la tradicional remisión a conceptos jurídicos indeterminados tales como la equidad, la prudencia, el buen criterio del juez, etc. Naturalmente una condición *sine qua non* es que el país tenga estadísticas oficiales apropiadas y fidedignas.

(30) Ver supra nota 26.

der que el Tribunal decida, tras oír al Comité de Bienestar Social, separar ambas funciones, o atribuir la custodia a uno sólo de los padres fijándole al otro un derecho de visita. Uno de los criterios a tener en cuenta para atribuir la custodia es la apreciación de cuál de los progenitores planteará menos problemas ante la visita del otro. La obstrucción de las visitas es causa bastante para cambiar la custodia.

Aunque la jurisprudencia salva el principio de igualdad de derechos del hombre y la mujer en cuanto a la custodia de los hijos, en la práctica los hijos de corta edad se quedan con la madre, porque ésta suele ser la medida más conveniente para ellos, cuyos intereses han de prevalecer.

7. Alimentos

El progenitor que no tiene a los hijos consigo ha de contribuir a sus alimentos en la medida que haya convenido⁽³¹⁾ o en la cuantía que el Tribunal le fije, que se revisará anualmente por el índice de inflación.

El deudor de alimentos tiene derecho a apartar de sus ingresos una suma (inembargable) adecuada para su mantenimiento y el de su nueva familia⁽³²⁾, que se gradúa en función de un índice estadístico.

Como en España, la carga alimenticia es revisable por cambio de circunstancias, y cesa al cumplir el hijo 18 años. Si es estudiante (de estudios no superiores), se prorroga la obligación hasta los 21 años.

La ejecución de las medidas sobre alimentos, visitas y demás decretadas por el Tribunal, no las realiza el órgano judicial sino el administrativo. Tratándose del cobro de los alimentos, los mismos pueden hacerse efectivos mediante retención en la fuente, como vimos que ocurre en Italia. Esta forma de cobrar los alimentos es la más usada en la práctica.

8. Pensión compensatoria

Tiene en Suecia carácter muy excepcional y sólo para estos dos supuestos:

a) Cuando uno de los cónyuges, por haber estado dedicado al cuidado de los hijos o por otra razón, necesita de un tiempo para reciclarse en el mercado de trabajo, siempre que su cónyuge tenga capacidad económica para pasarle alimentos temporalmente.

b) Cuando por razón de la edad, de enfermedades, o de la dedicación durante mucho tiempo al trabajo doméstico, y siempre que el matrimonio haya

(31) Cfr. art. 90.C). Al juez español no le vincula el convenio regulador en este punto.

(32) Cfr. art. 152.2.º, de idéntico contenido.

durado también mucho tiempo, le sea muy difícil a uno de los cónyuges conseguir un trabajo retribuido.

En el segundo caso, la ayuda compensatoria puede consistir en una suma a tanto alzado en lugar de en pagos periódicos.

II. NORUEGA

1. Fuentes legales⁽³³⁾

Ley de Menores (1981). Ley del Matrimonio, de 4 de Julio de 1991. Ley de las Parejas de Hecho (1993).

2. Causas de divorcio

A diferencia de Suecia, Noruega arbitra una separación legal previa o alternativa al divorcio. Para separarse no hay que alegar ningún motivo (separación *ad libitum*). Pasado un año de obtenida la separación legal, hay ya causa de divorcio.

Si la separación es de hecho, deben pasar dos años para poder pedir el divorcio. Dos causas más de divorcio son:

- Atentar contra la vida del cónyuge o de los hijos, y
- Malos tratos graves, siempre que la demanda se deduzca dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del hecho, o de los dos años consecutivos al hecho mismo.

Finalmente, las causas de nulidad matrimonial son también aquí, como en Suecia, causas de divorcio⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Agradezco a la Embajada del Reino de Noruega en Madrid su amabilidad y diligencia en facilitarme una versión inglesa de las leyes noruegas.

⁽³⁴⁾ Para contraer matrimonio en Noruega se exige, entre otras cosas, no padecer enfermedad transmisible por contacto sexual (salvo que la otra parte la conozca y acepte después de haber sido debidamente informada por un Médico). En consecuencia es nulo el matrimonio contraído ocultándole al cónyuge, por ejemplo, una sífilis o un sida. La norma merece aplauso, por la misma razón que se concede el divorcio por atentar contra la vida del cónyuge o de la descendencia cuando el hecho es cosa juzgada. Una enfermedad venérea anterior al matrimonio y ocultada al otro contrayente, podría ser esgrimida en España como causa de nulidad, por vicio en el consentimiento consistente en haber ignorado “cualidades” personales que, por su entidad, fueron determinantes de la prestación del consentimiento. La acción habría de ejercitarse desde luego durante el primer año de matrimonio (art. 76). No conozco ningún caso jurisprudencial de anulación de un matrimonio a causa de enfermedades venéreas dolosamente ocultadas al otro cónyuge al tiempo de contraerlo.

3. Jurisdicción

Si la separación o el divorcio son de mutuo acuerdo, los concede la autoridad administrativa (el “Fylkesmann” o Gobernador de la Provincia). Si son contenciosos, entienden de ellos los Tribunales ordinarios (“Skifteretten”).

La separación o el divorcio se deciden primero y las medidas complementarias después. El intento de mediación es obligatorio si hay hijos menores de 16 años.

4. Comunidad económica conyugal

El régimen legal es el de participación que ya hemos visto, pero con una importante diferencia: en Suecia entran en comunidad los bienes de los cónyuges adquiridos antes o después del matrimonio, salvo que por pacto conyugal o por disposición del donante o causante tengan la condición de bienes privativos, mientras que en Noruega los bienes que tuvieron los cónyuges antes de casarse son privativos.

Si la vivienda familiar es propiedad separada (“saereie”) de uno de los cónyuges, pero el otro ha invertido trabajo o dinero en ella, se transforma en copropiedad de ambos (“felleseie”) ⁽³⁵⁾.

También se entienden como de propiedad conjunta los bienes adquiridos durante el matrimonio que no constan como propiedad privada (la presunción es en favor de la comunidad).

Sólo los bienes de propiedad conjunta se sujetan a reparto tras la separación, fallecimiento, o divorcio, salvo la vivienda familiar, que casi siempre tiene la consideración de “felleseie” en razón del trabajo del cónyuge no titular, según jurisprudencia consolidada bajo la legislación anterior.

El procedimiento particional es similar al que hemos visto en Suecia. Hay que decir que la inmensa mayoría de las particiones de bienes conyugales se hacen por acuerdo de los cónyuges debidamente asesorados. Es nota común en los países escandinavos.

También, al igual que en Suecia, el cónyuge supérstite puede mantener indivisa la comunidad de modo que los herederos del fallecido no entrarán en posesión de los bienes comunes (en particular de la vivienda conyugal) en vida del cónyuge viudo.

⁽³⁵⁾ No así en nuestro país, donde sólo se limita el derecho a disponer de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia (art. 1320). Pero las inversiones y mejoras no tienen eficacia real, sino meramente obligacional y dan derecho a reembolsos o reconocimiento de créditos en la liquidación (art. 1359).

5. Efectos del divorcio

Son idénticos a los que hemos visto en Suecia, con las siguientes variantes:

a) Los derechos hereditarios que se pierden son distintos. El derecho del cónyuge viudo noruego que sucede *ab intestato* es una cuarta parte de la herencia si hay descendencia; la mitad si sólo hay ascendientes; la totalidad de la herencia en otro caso.

b) La legítima del viudo en la herencia testada del cónyuge, es el cuádruple del capital base que indique el índice estadístico. Si no hay bienes suficientes en la herencia, el séxtuplo de la base de seguridad social.

c) Como factores correctores de injusticias distributivas notorias la legislación noruega ofrece, aparte del reparto desigual que ya vimos en Suecia, la posibilidad de reclamar compensaciones (v.g. por administración desleal del cónyuge), e incluso de excluir de la división parte de los bienes que en otro caso entrarían en reparto.

d) La prestación de alimentos entre cónyuges divorciados es aquí quizás más restrictiva que en Suecia. Rara vez alcanza una duración de más de tres años. Sólo se concede cuando uno de los cónyuges ve arruinada toda posibilidad de encontrar empleo como consecuencia de haber dedicado mucho tiempo al cuidado de los hijos.

e) El cónyuge divorciado que no cotiza, participa de la pensión del otro, sólo si tiene más de 45 años y el matrimonio ha durado por lo menos diez.

f) Los hijos de padres con ingresos inferiores a 75.000 coronas noruegas y capital neto que no supere las 100.000 coronas, reciben una ayuda del Estado, que concede el "Fylkesmann".

g) Para fijar la contribución alimentaria a los hijos (a pagar por el progenitor que no los tenga consigo) la ley noruega fija cuantitativamente unos porcentajes sobre los ingresos: 11% por un hijo; 18% por dos; 24% por tres; 28% por cuatro. Estos porcentajes tienen el valor de simple referencia, adaptable en función de las circunstancias del caso.

h) La ejecución forzosa de los alimentos tampoco se hace a través del juzgado: el órgano ejecutor en Noruega es la oficina local de la seguridad social.

III. DINAMARCA

1. Fuentes legales

Ley del Matrimonio (1969). Ley de los Padres y de los Hijos (1960), que ha tenido sucesivas reformas. Ley sobre Custodia de Hijos (1995). Ley de Parejas no Casadas (1989).

2. Causas de divorcio

La regulación es similar a la de Noruega (o viceversa). Se reconoce la separación legal *ad nutum*, sin necesidad de invocar causa. La mayoría de las separaciones y divorcios son consensuales y se tramitan administrativamente ante el Gobernador Provincial. El tiempo de tramitación es muy breve.

Si la separación o divorcio son unilaterales y con oposición de la otra parte, conocen del asunto los Tribunales ordinarios, en primera y segunda instancia. A veces, también, puede acceder el asunto al Tribunal Supremo.

Las causas de divorcio son las mismas que en Noruega. Pero aquí el divorcio puede concederse también:

a) Por adulterio, siempre que haya ocurrido menos de dos años atrás, y que la demanda se haya interpuesto dentro del plazo de seis meses contados desde que la parte lo supo.

b) Por la separación legal durante seis meses, si el divorcio es de mutuo acuerdo.

El juicio sobre el divorcio tampoco se ve aquí enturbiado por la discusión sobre medidas. Ambas decisiones se toman con independencia y en tiempos distintos.

3. Comunidad (aplazada) de bienes

El régimen legal de bienes del matrimonio es en Dinamarca idéntico al que hemos visto para Suecia y Noruega. A salvo que los cónyuges hayan pactado otra cosa, la separación, divorcio o el fallecimiento de uno de ellos determina que se reúnan los bienes no privativos de ambos y que se reparta equitativamente el valor neto patrimonial que resulte después de deducir las deudas. En esencia equivale, pues, a un sistema de participación. Pero, a diferencia del régimen español, se trata aquí de una participación en los capitales. Antes de disolverse el régimen cada cónyuge tiene la administración y disposición de sus bienes⁽³⁶⁾. Al extinguirse el matrimonio o la convivencia, juntan y reparten los activos y pasivos que no resulten excluidos por acuerdo conyugal o por disposición del donante o causante (si fueron adquiridos a título gratuito), y se distribuye el neto procurando en lo posible reintegrar a cada cónyuge los mismos bienes que tenía, con los aumentos o disminuciones que exija la igualdad en el reparto.

(36) Cfr. arts. 1361 y 1441.

4. Efectos y medidas

Son los mismos para la separación y el divorcio, salvo que este último permite contraer nuevo matrimonio. Ello implica que en el divorcio subsiguiente a la separación no es necesario alterar las medidas ya adoptadas, salvo cuando el paso del tiempo haya operado un cambio radical en las circunstancias del caso⁽³⁷⁾.

Los derechos hereditarios se pierden con el divorcio.

En la sucesión intestada el cónyuge viudo recibe una tercera parte de la herencia en concurrencia con hijos o descendientes; la totalidad, si no hay descendientes.

En la sucesión testada sólo puede disponer el casado de la mitad de la herencia⁽³⁸⁾ (y de la mitad de los bienes que le corresponden al testador en la liquidación de la comunidad). Para disponer *mortis causa* de la vivienda familiar y ajuar doméstico se necesita el consentimiento del cónyuge.

El cónyuge viudo puede mantener indivisos los bienes comunitarios a la muerte de su causante, salvo que los herederos de éste último sean hijos exclusivamente suyos (no de ambos). La división se hará a voluntad del cónyuge supstite, o forzosamente si vuelve a casarse.

Los alimentos entre cónyuges divorciados son también aquí muy raros y siempre temporales. Casi nunca por período superior a 10 años. Para concederlos se ponderan las necesidades de uno y las posibilidades de pago del otro. El factor que prevalece es la necesidad (edad, salud, patrimonio, endeudamiento a causa del matrimonio, obligación de seguir cuidando de los hijos y también, aunque con menos peso, la duración de la convivencia).

⁽³⁷⁾ El hecho de divorciarse no es en sí mismo un cambio de circunstancias a efectos de revisar las medidas adoptadas en la separación. Esta sencilla consideración eliminaría mucha litigiosidad duplicada en los temas de familia. Otra buena parte de conflictividad desaparecería desterrando del Juzgado las cominerías relacionadas con la “ejecución” del derecho de visita, aplicando el principio “*De minimis non curat Praetor.*” Es mérito de los países escandinavos y anglosajones haber comprendido que la problemática del derecho de visita cuadra mejor con las funciones de un asistente social que con las de un juez. La mayoría de los problemas de visitas y de las relaciones de los padres después del divorcio, no tienen nada que ver con la norma jurídica, y sí con la educación, el nivel sociocultural y la forma de entender la vida los litigantes. Muchas veces estos padres no necesitan coerción, sino información y aprendizaje, que el Juzgado no les puede dar ni el trámite procesal está pensado para eso.

⁽³⁸⁾ Sin embargo puede constituir un trust con toda la herencia. También se permite en Dinamarca el testamento mancomunado de los esposos, el pacto de prohibición de testar y el de no revocación de un testamento otorgado.

La pensión alimenticia, si se concede, consistirá normalmente en una cuarta o una quinta parte de la diferencia de ingresos entre los esposos, con el tope de que la parte de ingresos corrientes detrída para alimentos (del cónyuge y de los hijos) no suele exceder de una tercera parte.

Para determinar a cuál de los padres se atribuye la custodia de los hijos no cuenta para nada quién fue causante de la separación o divorcio.

La obstrucción a las visitas puede ser factor determinante para atribuir o cambiar la custodia.

La decisión sobre custodia es modificable pero las modificaciones son, al parecer, poco frecuentes en la práctica.

Los alimentos para los hijos, teniendo los padres ingresos normales, se fijan en función del índice estadístico de coste de mantenimiento medio de una persona (sobre 700 coronas danesas). Si el obligado a prestar alimentos tiene ingresos extraordinarios, esa cantidad puede ser doblada o triplicada.

IV. APENDICE COMPARATIVO CON LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. Introducción

Abordamos en este Apéndice, en términos comparativos con la comunidad diferida, algunas de las dificultades que presenta la sociedad de gananciales a la hora de liquidarla. En los dos primeros epígrafes hacemos algunas indicaciones de carácter general para poner sobre aviso al lector contra los peligros de un comercio o intercambio indiscriminado de instituciones jurídicas. En el apartado tercero comparamos la comunidad aplazada escandinava con nuestro sistema común de participación. En el cuarto damos un breve apunte de la situación del patrimonio ganancial mientras se liquida. En el quinto tratamos del beneficio de inventario en la liquidación de los gananciales: aspecto sustantivo autónomo, con frecuencia olvidado, y que se da incluso aunque el inventario no vaya seguido de liquidación. En el sexto estudiamos el reverso de lo anterior, o sea la liquidación sin inventario, comentándose un método justo y eficiente de dividir los gananciales sin necesidad de valorarlos. En el séptimo nos ocupamos de la partición indirecta, o hecha por medio de contador-partidor dativo, y defendemos que el juicio de testamentaría es en esencia un método particional tan simple como el escandinavo (siempre que apliquemos la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y no la derogada de 1855). En los dos epígrafes siguientes exponemos una visión crítica de las llamadas Segunda y Tercera Vía para la liquidación de gananciales, recientemente admitidas por la jurisprudencia. Y termina-

mos, en fin, en los dos últimos epígrafes, con algunas observaciones sobre el requisito de la aprobación judicial del cuaderno y la naturaleza del contrato divisorio.

2. Comparación y mimetismo

Aunque todo estudio de Derecho Comparado se escribe con la intención de incitar al plagio, nunca debemos olvidar que trasladar las instituciones jurídicas del sitio donde han nacido y donde están enraizadas, e injertarlas en un tronco cultural distinto, es una operación delicada no exenta de riesgos. Por un lado, los efectos indirectos de cualquier innovación en el campo social son siempre difíciles de prever y a menudo hacen naufragar los propósitos mejor intencionados. Una institución tradicional de Escandinavia como es la del “Ombudsman”, por ejemplo, que allí funciona bien —con población escasa, administración dimensionada, y niveles cívicos altos y homogéneos—, puede rendir frutos distintos en países superpoblados, de fuerte tradición individualista, gigantismo burocrático y pluralidad de centros de decisión. La copia servil no es la única (ni la mejor) lección que podemos sacar de la comparación legislativa.

Por otro lado es necesario estar prevenidos, como en los trasplantes de órganos, contra los rechazos. El período de incubación que necesita una institución para aclimatarse dentro de un sistema extraño se mide en siglos, y no debe extrañarnos que, habiendo dejado abiertas las leyes muchos caminos que puede transitar la autonomía de la voluntad, luego no se utilicen.

3. Comunidad aplazada y libertad de capitulación

Por qué no se adoptan en España sistemas tipo escandinavo de comunidad aplazada, es una pregunta que invitaría a algunas reflexiones, impropias de este lugar, acerca de la distancia que separa nuestras respectivas culturas, tradiciones y formas de vida. El Código Civil regula entre nosotros un modelo de participación, dejando en libertad a las partes no sólo para que puedan adoptarlo sino también para modificarlo mediante capitulaciones matrimoniales (art. 1325). En principio no habría, pues, inconveniente en que un matrimonio español se sometiese, si así lo desea, a las mismas reglas patrimoniales que el matrimonio danés, noruego, o sueco. Sin embargo, nadie se acoge a esta posibilidad.

Aquí detectamos la presencia de una de esas fuerzas invisibles de repulsión institucional a que antes aludíamos. En general se prefiere (quizás con razón) seguir atado a la vieja sociedad de gananciales —con todos sus innegables in-

convenientes⁽³⁹⁾—, antes que probar sistemas nuevos, todavía no bien explorados por la jurisprudencia, y que en consecuencia pudieran deparar sorpresas. El hecho es que incluso tal como está regulado el régimen de participación en los arts. 1411 y ss. del CC, es poco frecuente encontrarlo en la práctica.

4. Comunidad aplazada y régimen de participación

La diferencia más notable entre el sistema de participación español y el escandinavo, es que nuestro CC regula una participación en las ganancias mientras que el escandinavo (tanto en la versión fuerte de Dinamarca y Suecia, como en la atenuada de Noruega que excluye de la comunidad los bienes adquiridos de soltero) regula una participación en el capital, es decir en el patrimonio mismo.

Sin embargo esta diferencia desaparece en el caso frecuente de que sólo se incluyan en la comunidad los bienes adquiridos de casado, porque entonces, al definir las ganancias como diferencia entre el patrimonio final y el patrimonio inicial, y promediarlas, se viene a parar en lo mismo que reuniendo los patrimonios finales sujetos a reparto, promediarlos, y reintegrar a cada cónyuge (en la medida de lo posible) los mismos bienes que él había aportado. Después de completada esta última operación (al estilo noruego) cada cónyuge acabaría teniendo lo mismo que tenía, aumentado o disminuido en la diferencia entre su propio incremento patrimonial y el del otro cónyuge.

Para verlo con más detalle, supongamos que el marido tuviera un patrimonio inicial, A, y un patrimonio final, A'; y la mujer un patrimonio inicial, B, y un patrimonio final B'.

⁽³⁹⁾ Sus innegables inconvenientes provienen de que los gananciales, como comunidad de presente y expresión económica del consorcio matrimonial, había sido vaciada en el molde de un matrimonio duradero de por vida. En tales condiciones no vale la pena perder el tiempo en discusiones conyugales acerca de “lo tuyo” y “lo mío”. La batalla por fijar lo de cada uno se planteaba al final, entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, que normalmente eran sus hijos. Apenas es necesario subrayar las diferencias que hay entre partir bienes con los hijos y tener que hacerlo con el cónyuge divorciado. Así, lo que en principio se pensó que ahorra al matrimonio enojosas discusiones de tipo económico, se convierte en un lazo terrible, que sólo consiguen romper los divorciados después de amargas discusiones y ruinosos litigios. Como dice E. de Hinojosa (“sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil” Obras, Ed. ESIC, tomo II, pág. 357”), el sistema de los gananciales parece haberse derivado de la costumbre de dar el marido a la mujer como dote la mitad de sus bienes, no sólo presentes, sino futuros”. En un mundo en que para conseguir esposa era absolutamente preciso dotarla, el pobre que quería casarse no tenía otro remedio que ofrecer en dote la mitad de sus ganancias futuras. Como tal “dote del pobre”, los gananciales quizás debieron correr la misma suerte que la dote. En contra de esta tesis está que originariamente los gananciales se dividían en proporción a los capitales aportados (Fuero Juzgo, ley 17, título 2.^o, Libro 4.^o).

Sistema español:

— Ganancias del marido = incremento patrimonial = $(A' - A)$

— Ganancias de la mujer = incremento patrimonial = $(B' - B)$

Promedio de ganancias totales que ha de recibir cada uno: $[(A' - A) + (B' - B)] / 2$ (*)

Sistema escandinavo: Sea A'' la parte del patrimonio del marido que entra en la comunidad aplazada, y B'' la parte del patrimonio de la mujer que entra en la misma comunidad.

Promedio de patrimonios que ha de recibir cada uno al extinguirse el régimen $1/2 (A'' + B'')$ (**)

Aunque aparentemente los resultados son distintos, en realidad son los mismos, con tal que la parte de patrimonio que entra en reparto al modo escandinavo, se entienda formada por los bienes que el cónyuge tuviera al disolverse el régimen menos los que trajo de soltero o al iniciarse el régimen. Pues entonces: $A'' = A' - A$ y $B'' = B' - B$, y las fórmulas (*) y (**) coinciden⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ Quizás parezca extraña la fórmula de (*) y se pregunte si traduce fielmente el art. 1429 del CC que dice:

“Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroja resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge”.

Para ver la equivalencia, supongamos, por ejemplo, que sea la mujer el cónyuge con menor incremento de patrimonio. Con arreglo al precepto transcrito, habrá de percibir: $[(A' - A) - (B' - B)] / 2$ cuya cantidad se la pagará en dinero el otro cónyuge (art. 1431), de manera que éste último tendrá en su patrimonio el débito correspondiente, o sea: $-1/2 [(A' - A) - (B' - B)]$

La situación final de cada uno será:

— La mujer verá aumentado su propio beneficio $(B' - B)$ en lo que obtiene en virtud del régimen de participación (art. 1429): $[(B' - B) + (A' - A) - (B' - B)] / 2 = [(A' - A) + (B' - B)] / 2$

— El marido verá disminuido su propio beneficio $(A' - A)$ en la cuantía del crédito de participación reconocido a su cónyuge (art. 1431): $(A' - A) - [(A' - A) - (B' - B)] / 2 = (A' - A) + (B' - B) / 2$.

Donde vemos que (*) traduce fielmente el resultado final, nivelador de beneficios, después de trasvasarle el cónyuge que más ha ganado al que ha ganado menos la cantidad que señala el art. 1429.

5. Comunidad diferida y comunidad actual: la comunidad en liquidación

Si comparamos ahora la comunidad aplazada con nuestra sociedad de gananciales vemos que sus mayores diferencias provienen de ser los gananciales, una comunidad actual o sociedad de presente, mientras que la comunidad escandinava está diferida. En esta última el elemento comunitario aparece en el momento de liquidarse; en el régimen legal de gananciales el elemento comunitario *desaparece* justamente en ese momento. Ello tiene como consecuencia que la liquidación de los gananciales sea un trámite imprescindible para que los cónyuges puedan saber los bienes gananciales que individualmente les corresponden y entrar en el disfrute de ellos, en tanto que si nadie pide la liquidación de la comunidad diferida o, en general, del régimen de participación, los cónyuges pueden seguir administrando sus bienes como en el régimen de separación. La falta de liquidación no coarta ni paraliza la gestión patrimonial.

Por eso uno de los quebraderos de cabeza siguientes al divorcio, es precisamente determinar en qué situación queda la administración de los gananciales desde que se disuelve hasta que se liquida la sociedad. La ley no señala plazos para hacer las operaciones liquidatorias, de manera que la sociedad puede mantenerse mucho tiempo en situación interina (disuelta pero no liquidada) ya por voluntad expresa o tácita de las partes, ya por dilaciones procesales o por dificultades en ponerse de acuerdo los interesados, especialmente si acaban de divorciarse.

La jurisprudencia describe esta comunidad postmatrimonial como “una suerte de comunidad o proindivisión en los bienes gananciales de tal forma que cada uno de los cotitulares ostentará una cuota en abstracto sobre el “*totum*” ganancial, cuota que se concretará en particular, cuando se resuelva la liquidación de la misma” (S. 28-IX-1993).

Cinco serían las notas a destacar como características de la sociedad de gananciales en liquidación:

a) Es un patrimonio separado, que no se confunde, activa ni pasivamente, con los otros bienes y deudas de los cónyuges.

b) Es un patrimonio funcionalmente inerte, en el sentido de que está desafectado de las finalidades asistenciales y domésticas que les eran propias. Las funciones asistenciales se reducen ahora a dar alimentos a los cónyuges o en su caso al sobreviviente y a los hijos, mientras se hace la liquidación y hasta que se les entregue su haber (art. 1.408)⁽⁴¹⁾.

(41) Estos alimentos serán con cargo a los frutos y rentas del patrimonio postganancial y en lo que exceda, se entenderán anticipo a cuenta del haber que le corresponda percibir al cónyuge alimentista.

c) Los cónyuges tienen cuotas abstractas referidas al *totum* ganancial, no a bienes gananciales concretos. Por eso, los acreedores privativos de cualquiera de los cónyuges pueden embargar esa cuota o derecho abstracto del cónyuge deudor, pero no bienes gananciales singulares. Pero si el crédito es común o ganancial, y en consecuencia responde de él la sociedad de gananciales, puede hacerse traba en bienes concretos de la comunidad postganancial, pero dirigiendo la demanda contra los dos esposos o sus herederos (RH art. 144.4 y Res. de 11-XII-1991 de la DGRN)⁽⁴²⁾.

En cambio se considera que, antes de la disolución, la comunidad de gananciales es de las denominadas de mano común o manos reunidas de la técnica germana, sin atribución de cuotas (STS 12-VI-1990); o como prefiere decir la DGRN, con cuotas abstractas existentes sobre la totalidad del patrimonio, pero indisponibles y por ende inembargables. Al disolverse la sociedad, las cuotas son ya enajenables y por la misma razón embargables.

d) Los gananciales disueltos no responden de las deudas contraídas por uno de los cónyuges. En otras palabras, cesa la posibilidad de vincular bienes gananciales en el ejercicio de la potestad doméstica⁽⁴³⁾.

Como dice la STS de 20 de noviembre de 1991, la comunidad postmatrimonial “opera con estructuración analógica a la comunidad hereditaria [...], sin que le afecten en consecuencia las obligaciones o responsabilidades contraídas por el cónyuge sobreviviente en dicha situación de interinidad, a falta de división y adjudicación definitiva de los bienes gananciales y hereditarios proindiviso, frente a las cuales responderá con sus bienes propios, que, consecuentemente, no pueden gravar a la sociedad de gananciales, por lo que no resulta de correcta aplicación el art. 1373 del Código Civil, ya que dicho precepto tiene aplicación cuando está subsistente la sociedad ganancial”⁽⁴⁴⁾.

(42) En cambio, si la sociedad no estuviera todavía disuelta, los acreedores de los cónyuges no podrían embargarle su mitad o participación indivisa en la comunidad ganancial, “no porque tales cuotas o participaciones no existan —como ya apuntó la Resolución de 2 de Febrero de 1983— sino porque esas cuotas son indisponibles, punto en que se centra según la moderna doctrina alemana, la esencia de toda comunidad germánica” (Res de 16-X-1986 de la DGRN). El TS prefiere en cambio hablar del “derecho expectante” de los cónyuges durante el matrimonio mientras la sociedad no esté disueta (S. 26-IX-1986).

(43) Nótese que lo dicho en el texto es distinto de la cesación de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en caso de separación, a que se refiere el art. 83.

(44) En el mismo sentido, las SS. de 8-X-1990 y 22-X-1991, la última de las cuales decidió que el patrimonio ganancial en liquidación no responde de la deuda contraída por el viudo, aunque fuera para renovar pólizas a cargo de gananciales.

e) La administración y disposición del patrimonio en liquidación la detentan conjuntamente sus dos titulares, o el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto (S. 22-V-1986)⁽⁴⁵⁾. Podrán los cónyuges, individualmente, vender o renunciar su parte en los gananciales. No su parte en una concreta finca vendida a su consorte (Res. 2-II-1983). Tampoco podrán transigir después de disuelta la sociedad (S. 26-II-1981).

6. El beneficio de inventario en la liquidación de gananciales

En Escandinavia el inventario es un documento auxiliar o contable para empezar a hacer la liquidación. Sin embargo, para nosotros, el inventario es también un documento jurídico con valor sustantivo, que si está bien hecho produce la importante consecuencia de limitar la responsabilidad del cónyuge no deudor a los bienes que le hubiesen sido adjudicados en la partición. Este beneficio derivado del inventario bien hecho, es análogo al de aceptación de herencia a beneficio de inventario, y está expresamente recogido en el art. 1401: “Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial.”⁽⁴⁶⁾

Naturalmente si la sociedad de gananciales no tiene deudas, o si las deudas que tiene han sido contraídas por ambos cónyuges, es indiferente a efectos de responsabilidad hacer inventario que no hacerlo. La importancia del inventario, en cambio, es vital cuando las deudas gananciales fueron contraídas por uno sólo de los cónyuges (digamos, por el que ejercía el comercio). En este caso su consorte, al disolverse la sociedad, debe hacer inventario para no tener que responder de aquellas deudas con sus bienes propios⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Esta sentencia distingue claramente el embargo del bien ganancial, que sólo cabe cuando la deuda ha sido contraída por los dos cónyuges o cuando, pese a haber sido contraída por uno sólo de ellos, deban responder los gananciales; el embargo de la mitad indivisa del bien ganancial, que no cabe; y el embargo de la mitad de los gananciales correspondientes al deudor, que es el que procede cuando la deuda es privativa.

⁽⁴⁶⁾ La remisión del art. 1410, en relación con el 1023.1.º, conduciría al mismo resultado de limitar *intra vires* la responsabilidad del cónyuge no deudor.

⁽⁴⁷⁾ Es equivocada la creencia popular de que, renunciando a los gananciales, se queda a salvo de las deudas de la sociedad. En la renuncia a los gananciales el objeto renunciado es un saldo o diferencia patrimonial entre activo y pasivo. Obviamente si el saldo es negativo, porque los bienes gananciales no bastan a cubrir todas las deudas, la renuncia no es válida por ser en perjuicio de los acreedores (art. 6.2) y porque la condición de deudor no es renunciable. El verdadero camino para limitar la responsabilidad es, pues, hacer el inventario debidamente.

¿Qué se entiende por un inventario hecho debidamente?

En cuanto a la forma, el inventario ha de ser hecho por Notario o por Secretario Judicial, porque siendo su finalidad evitar confundir para ningún efecto los bienes gananciales con los que pertenecen a cada cónyuge, y asimismo deslindar las deudas gananciales de las privativas, tal separación requiere fehacencia para su eficacia *erga omnes*.

En cuanto al tiempo, entendemos que son de aplicación los arts. 1014 y 1017 CC. El inventario habrá de pedirse dentro de los diez días siguientes a la disolución de la sociedad, en escrito dirigido al Juez competente para conocer del juicio voluntario de testamentaría, a fin de que cite al consorte y a los acreedores para realizarlo. Si el inventario se hace extrajudicialmente, el Notario también deberá convocar a los acreedores.

En cuanto al contenido, el inventario no debe omitir deudas ni ocultar bienes dolosamente o por negligencia grave. La simple omisión por olvido o desconocimiento de algún bien ganancial, no debe hacer perder el beneficio de inventario. Pero si lo que se ha olvidado inventariar es un crédito, la responsabilidad del cónyuge no deudor frente al titular del crédito omitido será *ultra vires*.

La jurisprudencia viene reconociendo de manera uniforme el beneficio de inventario:

“La preservación de los derechos de los acreedores (una vez disuelta la sociedad de gananciales) se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiese formulado debidamente inventario pues, en otro caso y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 CC), tal responsabilidad será ultra vires [...] para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y, que no obstante se le adjudiquen bienes gananciales pues entonces se confunden éstos con los suyos propios” (S. 7-11-1997). En el mismo sentido, SS. 13-VI-1986, 20-III-1989, 27-X-1989, y 22-XII-1989.

7. Liquidaciones sin inventario

En el caso de los gananciales (no así en el régimen de participación ni en las comunidades diferidas) los cónyuges pueden prescindir del inventario y adjudicarse directamente los bienes, y en su caso las deudas⁽⁴⁸⁾.

El pacto de adjudicación directa es eficaz, aunque el acuerdo conyugal de liquidación previera el otorgamiento en el futuro de una escritura de capitulaciones matrimoniales en donde se estableciera el régimen de separación de bienes y se procediera a las operaciones liquidatorias. Aunque la escritura no se llegara a otorgar, el pacto liquidatorio es vinculante si reúne todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados (S. 19-XII-1997).

La Sentencia de 8 de marzo de 1995 también contempló un convenio regulador en el que, en punto a la liquidación del régimen económico ganancial se obvió la formación de inventario, avalúo y determinación del haber líquido, procediendo en su lugar a una adjudicación a cada cónyuge de bienes concretos, con una asunción de deudas por parte del esposo. El Tribunal Supremo reconoció validez a esta liquidación simplificada.

Un método insuperable de dividir los gananciales, sin hacer inventario, es mediante el procedimiento: tú partes y yo elijo⁽⁴⁹⁾. Aquí uno de los cónyuges hace dos lotes iguales, y el otro elige el que más le gusta. Ninguno de los dos puede objetar nada contra la justicia del reparto: el que hizo los lotes, porque los hizo iguales; y el que eligió, porque si no le parecieron iguales pudo quedarse con el mejor.

En este método no hace falta avalúo ni contadores. El cónyuge que hace los lotes tasa o aprecia sus contenidos subjetivamente. El cónyuge que elige, los valora también subjetivamente para elegir el mejor. Esto es más realista que la supuesta valoración objetiva que se supone que hacen los peritos. No habiendo un mercado perfecto donde se pueda vender sin quebranto el bien en el momento que se desee ¿acaso la tasación pericial es algo distinto de la opinión *subjetiva* del perito?

(48) La jurisprudencia tiene establecido que en las relaciones internas de un matrimonio son válidas las actuaciones y contratos, pactos y convenios cualquiera que sea su forma... y así tenemos que incluso es válida la liquidación de gananciales practicada privadamente por los esposos vinculándose entre sí, como se establece en doctrina sentada en sentencias de 29 de abril de 1960, 31 de octubre de 1963 y 14 de diciembre de 1985 en que se aplica con prevalencia sobre el art. 1280.4.º, el art. 1279, ambos del CC (Sentencia de 22 de noviembre de 1990).

(49) Este método se debe a H. Steinhaus: "*Mathematical Snapshots*", Oxford Univ. Press, 1983, p. 67 y ha dado lugar a una abundante literatura sobre el reparto justo.

8. La partición hecha por medio de contador-partidor

Como ya hemos dicho, en los países escandinavos los cónyuges divorciados consiguen liquidar por acuerdo directo casi todas las comunidades conyugales. Cuando esto no es posible, el contador partidor dativo (que ejecuta la partición de grado o por fuerza), resuelve el resto. Quizás se añore no disponer aquí de un sistema tan expeditivo para liquidar los gananciales.

Las observaciones que siguen tienen por objeto mostrar que esa añoranza carece de fundamento, porque el tan denostado juicio de testamentaría es, en esencia, un método divisorio tan simple como el escandinavo, si no hubieran venido a complicarlo interpretaciones absurdas y trasnochadas.

En primer lugar, el juicio voluntario de testamentaría, aunque sistemáticamente encuadrado dentro de la jurisdicción contenciosa, es fundamentalmente una actividad de jurisdicción voluntaria. En él no se discute ni declaran derechos, sino que se realizan, por medio de contadores-partidores, operaciones materiales de inventario, avalúo, pago de deudas, división, y adjudicación de la masa ganancial⁽⁵⁰⁾.

Surgida oposición a la partición ya hecha, el procedimiento se hace contencioso⁽⁵¹⁾.

Por último, el juicio de testamentaría es un juicio universal, que trata de impedir que el patrimonio se disperse mientras se está liquidando a consecuencia de ejecuciones o pleitos aislados; y al mismo tiempo, permite que los acreedores puedan participar en él e incluso que lo puedan promover⁽⁵²⁾.

Pero, reducido a su esencia, el juicio de testamentaría, usado para la liquidación forzosa de gananciales, no consiste en otra cosa que en nombrarle a los cónyuges un contador partidor que les haga la partición, y en aplazar cualquier discusión para el final, esto es, para cuando el contador tenga terminado el cuaderno.

¿Por qué entonces ha venido a complicarse tanto un esquema tan simple? A mi juicio, porque rutinariamente estamos aplicando sin darnos cuenta una ley

(50) Eventualmente también se adoptan cautelas y medidas de administración, e incluso de realización de bienes, extrañas a la declaración de derechos típica del procedimiento contencioso.

(51) Pero nótese bien que este juicio ordinario para discutir la disconformidad con la partición ya hecha, es completamente distinto del juicio ordinario que se plantea *in vacuo* cuando no hay ninguna partición previa a la que referir los motivos de disconformidad.

(52) El juicio ordinario no posee estas características y deja descolocados a los terceros, que ni pueden reclamar contra la indebida inclusión de bienes en el inventario, ni contra la indebida exclusión de créditos legítimos.

derogada: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y no la Ley vigente de 1881. La situación no es ahora mejor que cuando se publicó la Ley de Bases de 21 de junio de 1880. Esta Ley mandó reformar la Ley Procesal de 1855 en diversos aspectos, entre ellos éste del juicio de testamentaría, porque se decía que había que simplificarlo (Base 9.^a). Nadie mejor que Manresa, autor material de la Ley de Bases, para recordarnos cuáles fueron las corruptelas y complicaciones que en este punto aconsejaron reformar la anterior ley procesal de 1855.

Veremos que son exactamente las mismas de nuestros días. Aunque la cita sea larga, vale la pena trasladar en su integridad las palabras del ilustre tratadista:

Según los artículos 423 y siguientes de la ley de 1855, practicadas las diligencias necesarias para la intervención del caudal, a que se refiere el comentario anterior, caso de haberlo solicitado oportunamente el que promueva el juicio, y en otro caso, inmediatamente después de prevenido y hecho las citaciones para él, debía el juez convocar a la junta a los herederos para que se pusieran de acuerdo sobre la administración del caudal, su custodia y conservación. Resuelto este punto por acuerdo de la junta, o por el juez si en ella no hubo avenencia, en adelante había que dividir el juicio en tres períodos sucesivos, llamados de inventario, de avalúo y de división, sin poder pasar al de avalúo sin estar aprobados los inventarios, ni al de división sin la aprobación previa de los avalúos. Había que convocar a junta a los interesados para hacer el nombramiento de peritos, otra después para el de contadores, otra para resolver las dudas que éstos tuvieran, otra para obtener el acuerdo de los interesados respecto a la adjudicación; y además la aprobación de cada una de dichas operaciones había de hacerse también en junta, y si no se conformaban los interesados, la oposición que se hiciera, tanto a los inventarios, como a los avalúos o a la división, debía ventilarse en juicio ordinario.

Con esa serie de actuaciones se hacían casi interminables y muy dispendiosas las testamentarías judiciales, y para evitar los inconvenientes y perjuicios que de ello resultaban, se han reformado estos procedimientos en la presente ley. Practicadas las diligencias conducentes a la seguridad del caudal y hacer constar su importancia, debe mandar el juez que se convoque a junta a los interesados en la herencia, no sólo para que se pongan de acuerdo con la administración del caudal, su custodia y conservación, sino para el nombramiento de uno o más contadores que practiquen las operaciones divisorias, y para el de los peritos de quienes hayan de valerse los contadores para el avalúo de los bienes, si no facultan a éstos para nombrarlos. Así resulta de los artículos 1068, 1070 y 1071, de suerte que en una sola junta se trata y resuelve todo lo que antes era objeto de tres juntas por lo menos.

A los contadores, cuyas atribuciones estaban limitadas por la ley anterior a la liquidación y división del caudal, se les confieren ahora las mismas facultades que ordinariamente tienen los nombrados por el testador, las de llevar a efecto

todas las operaciones de testamentaría: pueden pues, practicar el inventario, si no estuviere hecho, el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario, según se consigna en el art. 1074. Y en vez de aprobarse por separado y sucesivamente cada una de las operaciones, como antes se hacía, han de presentarse al juzgado por los contadores todas a la vez para su aprobación, y si se formaliza oposición dentro del término señalado por la ley a todasoo a cualquiera de ellas, después de reunir en junta a los interesados por si pueden ponerse de acuerdo, no habiendo conformidad, se sustancia y decide el asunto por los trámites del juicio ordinario correspondiente a su cuantía. No pueden, pues, celebrarse hoy más de dos juntas, en vez de las muchas que autorizaba la ley anterior; ni seguirse más de un juicio ordinario para ventilar todos los motivos de oposición. Así se han simplificado los trámites en cumplimiento de la base 9ª.

A la vista de estas olvidadas enseñanzas de Manresa, vemos que hoy estamos utilizando el juicio voluntario de testamentaría como lo hacían los juristas de mediados del siglo pasado, es decir, aplicando la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y no la actual.

- Seguimos dividiendo el juicio en períodos o áreas de litigiosidad independientes: inventario, avalúo, división y adjudicación.
- Seguimos mirando con recelo la posibilidad de ir derecho al nombramiento de un contador-partidor dativo que, sin más, haga el cuaderno completo, incluidos inventario, avalúo, división y adjudicación, sin ninguna dilación.
- Seguimos, en fin, remitiendo a las partes a un juicio ordinario para decidir la inclusión o exclusión de bienes, o para cualquier otra cuestión, al más mínimo conato de disidencia, paralizando mientras tanto el juicio universal. Corruptela a que daba lugar la Ley de 1855, pero que fue suprimida en la Ley todavía vigente de 1881, cuyo propósito declarado sobre este punto fue acabar precisamente con esa dilación, y por consiguiente su articulado ni menciona ni regula el famoso incidente de inclusión o exclusión⁽⁵³⁾.

Ante el estado actual del juicio voluntario de testamentaría, lo correcto hubiera sido rescatarlo del marasmo al que le ha llevado una práctica olvidadiza, y

(53) El incidente tradicional de inclusión y exclusión era sólo el que planteaban los terceros, como especie de tercería de mejor derecho dentro del juicio universal. Pero la discusión entre cónyuges acerca de si una cosa debe quedar dentro o fuera del inventario, según la ley vigente hay que aplazarla hasta que la partición esté hecha. De esta manera el único incidente que puede surgir en el juicio de testamentaría es el de oposición a la partición, en el cual se concentran y resuelven a la vez todos los motivos de oposición al proyecto particional presentado por el contador.

devolverle la sencillez que le quiso dar la ley de 1881, reduciéndolo en esencia a una simple comparecencia judicial de los cónyuges para el nombramiento de un contador y a señalarle plazo razonable para ejecutar el encargo (art. 1076).

El intento de abrir nuevas rutas, en esta como en tantas cosas, nos lleva a descubrir el Mediterráneo. El procedimiento sencillo al modo escandinavo que andábamos buscando para dividir los gananciales, resulta que estaba ya, desde hace más de un siglo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. La segunda vía

La interpretación moderna propende a entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrece dos vías más para liquidar los gananciales: el juicio ordinario y la ejecución de sentencia (de separación, nulidad o divorcio en cuya virtud quedó disuelta la sociedad).

A nuestro juicio, la inadecuación del declarativo para liquidar los gananciales se manifiesta en los siguientes aspectos:

Primero, en la dificultad de concretar los pedimentos de la demanda. El demandante del juicio ordinario quiere, naturalmente, hacer la partición de sus gananciales; pero la respuesta que el juez puede darle dentro de ese juicio, es algún tipo de declaración. ¿Cómo se puede hacer una partición en base a declaraciones? En el mejor de los casos el juicio servirá para dejar firmes las bases de la partición⁽⁵⁴⁾. Pero para hacerla, habrá que esperar hasta ejecución de sentencia⁽⁵⁵⁾.

(54) Por ejemplo, declarando los bienes o créditos que deben incluirse en el inventario; los que deben excluirse; las reglas a observar en el pago de las deudas; cuales son estas; que valores deben darse a los bienes; qué adjudicaciones preferenciales hay que hacer, etc. La tarea fundamental, que es llevar a cabo este programa, necesariamente queda aplazada para ejecución de sentencia.

(55) Desde siempre se ha sabido que las tres acciones divisorias (*communi dividundo*, *familiae erciscunde* y *finium regundorum*) tenían perfiles propios que hacían difícil su encaje como *actiones in rem* ni como *actiones in personam*; y a veces se las catalogaba como mixtas. Su peculiaridad consiste en que para formar lotes de bienes o para marcar lindes sobre un terreno, lo que se requería del juez no es un *dicere*, sino un *facere*. En Derecho Romano el conocimiento de estas acciones no se encomendaba por eso a un *iudex*, que siempre juzgaba *stricti iuris*, sino a un *arbiter*, que actuaba *ex fide bona* (Cf. M.C.F. de Savigny: “*Sistema de Derecho Romano*, Tomo IV y Apéndice). El juicio de testamentaría responde a la misma idea: el juez empieza nombrando a un contador o árbitro de equidad que hace la partición; luego juzga *stricti iuris* si la partición hecha por el contador a su legal saber o entender, está ajustada a derecho, o si hay que modificarla en algún particular.

No es de extrañar que algún litigante haya promovido el juicio declarativo limitándose a pedir que se condene al demandado “a estar y pasar por la partición que se haga en ejecución de sentencia”; y que la sentencia estimatoria condenase al demandado a estar y pasar por la liquidación de gananciales “que se llevará a cabo en ejecución de sentencia *siguiendo los trámites del juicio voluntario de testamentaría*”. En resumen, un viaje procesal de ida y vuelta, perfectamente inútil. Para terminar acudiendo al juicio voluntario de testamentaria no había hecho falta pasar antes por el declarativo. Se puso el carro delante de los bueyes, y luego se ve la necesidad de hacer el enganche al revés: primero la partición, y después la discusión sobre esa partición⁽⁵⁶⁾.

En segundo lugar, el juicio ordinario no permite intervenir a los acreedores ni, en general, a los terceros. “Referido el objeto del proceso a la liquidación de la sociedad de gananciales —dice la sentencia de 29-IX-1997— las partes legitimadas no son otras que los cónyuges, sin que quepa extender el asunto a los padres del marido, por más que estos sean propietarios del local donde se ejerce la actividad del negocio, que como tal bien es causa de pugna sobre su calificación como ganancial, habida cuenta de que la sentencia que recaiga afecta las relaciones económicas intercónyuges exclusivamente”. Y en un sentido parecido se había pronunciado la sentencia de 18-X-1996, al decir que a este proceso de liquidación de gananciales no se podía traer a los copropietarios ni al arrendatario de un bien en discusión. Sin embargo, parece razonable que en estos casos se oiga también a los terceros, sin aplazar para posteriores pleitos reclamaciones que deben y pueden resolverse simultáneamente en un solo juicio universal.

En tercer lugar, la ejecución de la sentencia del procedimiento ordinario provoca nuevos pleitos. El TS ha tratado de atajarlos en su acceso a la casación, con los argumentos que pueden leerse en la sentencia de 25-IX-1997.

En cuarto lugar, esta vía plantea problemas de coordinación difíciles de resolver. Si el cónyuge demandado en juicio ordinario (o su acreedor) promueve por su parte juicio de testamentaría para que se liquiden los gananciales, no podrá oponerse litispendencia en el juicio universal. Por el contrario habrá que

⁽⁵⁶⁾ Por eso la estrategia del juicio voluntario de testamentaría es propiciar, primero, un proyecto de cuaderno particional —en ocasiones dos proyectos y un informe dirimente sobre la forma de zanjar las discrepancias—, elaborado respectivamente por persona o personas de la mutua confianza de los cónyuges y por un dirimente Letrado que asegure unas mínimas garantías técnicas de ejecución del trabajo. Si el cuaderno lo aceptan las partes, de forma expresa o presunta (art. 1.080), el Juez sin más lo aprueba y manda protocolizarlo. Si alguien se opone, la oposición se ventila en el juicio ordinario. Pero ahora los pronunciamientos sobre si determinadas operaciones de la partición son correctas o necesitan ser reformadas, tienen perfecto sentido declarativo.

acumular el ordinario al de testamentaria en aplicación del art. 161.4.º de la L.E.C., que la prevé “cuando haya un juicio de testamentaria o abintesto a que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción de las declaradas acumulables a estos juicios”⁽⁵⁷⁾. Una vez acumulados los autos, estos seguirán su tramitación hasta sentencia firme, y la ejecución de esta sentencia quedará diluida en el proceso liquidatorio universal.

A pesar de estas dificultades e inconvenientes técnicos, el TS —quizás como mal menor, para no tener que decirle a litigantes que llevaban varios años pleiteando, que el cauce procesal que habían seguido era erróneo—, ha terminado aceptando la vía del juicio ordinario (valga por lo que valga) en un cuerpo de sentencias cada vez más numeroso. (SS. 20-VI-1987; 1-VII y 19-IX de 1991; 14-VII-1994; 14-III, 17-IX, 30-X y 4-IV de 1997).

10. La tercera vía

La tercera vía consiste en liquidar los gananciales en ejecución de la sentencia de divorcio (nulidad o separación). Esta tercera vía liquidatoria también ha sido admitida por el TS en las sentencias de 8-VII-1995, 25-XI-1996 y 23-III-1998⁽⁵⁸⁾.

La atribución al Juzgado de Familia de competencias para liquidar los gananciales no deja de ser dudosa.

En primer lugar, el Juez de Familia, que empieza liquidando gananciales, puede terminar conociendo de una quiebra o de un concurso de acreedores, si el patrimonio ganancial no responde de su pasivo⁽⁵⁹⁾; asunto que sería muy difícil de relacionar con lo que es propio de la sentencia de separación o divorcio matrimonial.

En segundo lugar, el argumento del artículo 91 del CC, que dispone que en las sentencias de separación y divorcio se adopten las medidas que hayan de sustituir a las provisionales en materia de “liquidación del régimen económico”, o que se establezcan las que procedan si no se hubiera adoptado ninguna, no implica atribución al Juez de Familia de nuevas competencias. Las medidas del art. 91 tienen el mismo alcance que las medidas provisionales del art. 103, a las que sustituyen. En estas últimas se alude a intervenciones concretas en los

(57) Tales acciones acumulables están mencionadas en el art. 1003 de la LEC.

(58) Tras algunos tuteos en las sentencias de 8-III-1993 y 2-VI-1994.

(59) Ver LEC, art. 1053. La explotación regular de los negocios corre a cargo de los gananciales (art. 1362.4.º) y a quien se declara en quiebra es al patrimonio o masa ganancial.

gananciales (v.g., bienes que hayan de entregarse a uno u otro cónyuge, obligatoria rendición de cuentas, y reglas que deban observar los esposos en la administración y disposición). Pero ni alude ni podía aludir a la liquidación, ya que las medidas provisionales se toman en la mayoría de los casos cuando la sociedad no está disuelta. Ahora bien, la sentencia de divorcio puede contener pronunciamientos relativos a la vivienda familiar, al pago de las deudas comunes, y otros extremos, que inciden y han de tomarse en cuenta en la liquidación. Pero no por ello ha de asumir el Juez de Familia, a nuestro juicio, la competencia de todo el proceso liquidatorio⁽⁶⁰⁾.

En tercer lugar, el Juzgado de Familia, para hacer la liquidación en trámite de ejecución, tiene que hacerlo abandonando las normas sobre ejecución de sentencia contenidas en los artículos 919 y ss., y sustituyéndolas por las del juicio de testamentaría. Este raro injerto procesal hace perder al juicio de testamentaría el carácter de juicio universal; recorta arbitrariamente la legitimación que la ley da a los acreedores para pedir la liquidación e intervenir en el proceso⁽⁶¹⁾; y abre nuevas posibilidades de confusión, cuando cada uno de los cónyuges emprende un juicio distinto con el mismo fin, uno ante el Juzgado de Familia y otro ante el Juzgado de Primera Instancia ordinario. En realidad, y aunque se haga (o se intente hacer) la liquidación en pieza separada de ejecución de sentencia, la ejecutoria no se tiene en cuenta para nada. Los trámites que se siguen son los de testamentaría, con las distorsiones derivadas de querer tratar un juicio universal como incidente de ejecución de sentencia.

A nuestro juicio se incurre en un error de razonamiento. Una cosa es que la sentencia de separación o divorcio produzca *ex lege* el efecto de disolver los gananciales, y otra muy distinta que el proceso liquidador del patrimonio ganancial se obtenga como ejecución de la disolución. La sentencia de divorcio no está relacionada con la liquidación más que por el hilo sutil del sofisma "*post hoc, ergo propter hoc*". Aunque la liquidación sea un acto posterior (*post hoc*) a la disolución, no por ello es ejecución de la misma (*propter hoc*). Ambas son realidades jurídicas distintas. Análogamente, nadie dice que quien se casa después de haberse divorciado, está "ejecutando" la sentencia de divorcio, aunque sea ésta la que le abra aquella posibilidad.

(60) Las competencias del Juzgado de Familia se ciñen en principio a los títulos IV y VII del Libro 1º del Código Civil, RD. 1322/1981, de 3 de julio.

(61) Del estado de esta problemática, se ocupan los trabajos (inéditos) de Antonio Javier Pérez Martín "La liquidación de la sociedad de gananciales"; Eduardo Hijas Fernández: "Los cauces procesales de liquidación de la sociedad legal de gananciales"; y Juan Pablo González del Pozo "La liquidación judicial de la sociedad de gananciales en los juicios matrimoniales: cuestiones procesales". También la recensión y comentarios de I. Díez Picazo al Auto de 17-IX-1996 de la AP de Madrid, Revista La Ley.

Si se quieren evitar confusiones, deben distinguirse los efectos *ex lege* de la sentencia, y las consecuencias que dimanen directamente de sus pronunciamientos. Son estos últimos los únicos que se ejecutan. Los efectos *ex lege* — el efecto de cosa juzgada, el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, la posibilidad de volverse a casar, la de pedir la liquidación del régimen económico matrimonial— son corolarios y posibilidades ulteriores al fallo, pero no son “ejecución” de sus pronunciamientos.

11. La aprobación judicial de la partición

En Escandinavia la liquidación de la comunidad legal es un aspecto patrimonial que los cónyuges resuelven fuera del proceso de divorcio. En España debiera ocurrir lo mismo con los gananciales, pero ocurre que la liquidación se incluye a veces en el convenio regulador, y ello parece vincular la liquidación con aspectos personales de la separación o el divorcio.

El art. 90.d) prevé la posibilidad de que el convenio contenga la liquidación “cuando proceda”. Teniendo en cuenta que la liquidación procede siempre, una vez disuelta la sociedad, de acuerdo con el art. 1396, no hay más remedio que interpretar el inciso con el significado de “cuando los cónyuges lo juzguen conveniente”. La liquidación de gananciales viene a ser en esta interpretación, un contenido *facultativo* del convenio regulador, por contraste con el contenido *mínimo* del convenio, constituido por las materias de los tres primeros apartados del art. 90.

Este aspecto documental debe ser en todo caso accesorio. En particular, la validez de la liquidación hecha en convenio regulador no depende de la aprobación judicial. Aunque el convenio no se apruebe en los extremos sujetos a control judicial (que son los concernientes a los hijos —o padres— menores o incapacitados), la liquidación será válida como acuerdo separable. No habría ninguna razón para reconocerle eficacia al acuerdo liquidatorio verbal, o reflejado en documento o escritura independiente (que no precisan de aprobación judicial), y negársela cuando el instrumento utilizado haya sido el convenio regulador (el cual, por otras razones y por otros contenidos de orden público, sí precisa para su eficacia de dicha aprobación).

La innecesariedad de la aprobación judicial conoce de todos modos algunas excepciones:

- Cuando las partes hayan condicionado expresamente la eficacia de la liquidación a la aprobación judicial de la totalidad del convenio regulador.
- Cuando la liquidación haya sido hecha en previsión de una separación o divorcio que no ocurrirá si, por negarse uno de los cónyuges a ratifi-

car el convenio, el Juez no dicta sentencia. En otro caso nos encontraríamos con una liquidación de una sociedad de gananciales no disuelta⁽⁶²⁾.

- Cuando alguno de los cónyuges sea menor, incapacitado o ausente (art. 1.049).

12. Contrato divisorio y contrato de transacción

La partición de gananciales, una vez hecha, produce efectos traslativos del dominio y confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados⁽⁶³⁾.

En realidad, en toda partición puede verse el mismo resultado que con la venta del derecho abstracto, seguida de una compra en el mismo precio de un lote de bienes⁽⁶⁴⁾. Como en la permuta, un derecho sale del patrimonio del cónyuge y en su lugar entran los bienes. La diferencia es que, en la permuta, los intercambios son voluntarios, y están basados en que los contratantes valoran de distinta manera las cosas objeto del intercambio, mientras que en el negocio de atribución, que transforma derecho abstracto en bienes concretos o en derechos sobre esos bienes, el intercambio es forzoso⁽⁶⁵⁾ y de valores equivalentes. De esta manera si el reparto fuera desigual, en una cierta medida que fija la ley, la partición es rescindible⁽⁶⁶⁾.

Así pues la partición, en cuanto título de adquirir la propiedad, tiene la peculiaridad de que no reporta ventaja ninguna al adquirente, debido a la equi-

(62) Téngase además en cuenta que la voluntad de los cónyuges de disolver los gananciales, que podía estar implícita en el hecho de celebrar el acuerdo de liquidación, sólo opera como causa de disolución si consta en capitulaciones matrimoniales (arts. 1342.4.º, 1325 y 1327).

(63) “La doctrina general —dice el TS 15-II-1988— es que la partición es o constituye un título traslativo de dominio, que individualiza o concreta el derecho abstracto herencial”.

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

(65) Disuelta la sociedad de gananciales, ninguno de los cónyuges puede ser obligado a permanecer en la indivisión, conforme a los arts. 1396 y 1051, en relación con el 1.410.

(66) Artículos cfr. 1074 para la partición hereditaria; el mismo precepto, en relación con el 1410, para la de gananciales; el art. 406, para el *pro indiviso* ordinario; y el art. 1708, para la sociedad).

valencia del intercambio implícito. De aquí que la liquidación de gananciales esté exenta del Impuesto de Transmisiones (art. 45.1.B.3, R.D. Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) y del Arbitrio de Plusvalía (R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y SS. de la Sala Tercera de 20-II-1984, 10-IV-1984, 18-XI-1994 y 19-V-1994).

Al igual que las demás formas de adquirir, la liquidación necesita de un modo o entrega de los bienes (art. 609), cuya problemática suele pasar desapercibida debido a que aquí, como en la comunidad ordinaria, hay un *constitutum posesorio*. Por eso el art. 1068 no hace alusión al requisito del modo y se limita a declarar que la partición legalmente hecha confiere la propiedad.

El contrato divisorio no es un contrato de transacción⁽⁶⁷⁾. Esto no quiere decir que, habiendo un litigio al que pone fin el acuerdo divisorio, este último no tenga la naturaleza de transacción. La sentencia de 12 de febrero de 1991 consideró, por eso, de carácter transaccional un pacto de liquidación de gananciales que puso fin a la liquidación judicial que se estaba haciendo en ejecución de la sentencia de separación⁽⁶⁸⁾. Aunque el negocio particional no sea, en sí mismo, una transacción, entraña un intercambio de cuota por bienes y por tanto es acto de disposición a título oneroso (SS. 17-IV-1986).

(67) La cuestión ha sido planteada en relación con la posibilidad de rescindir por lesión una partición hecha directamente por los cónyuges, en la que “se obvió la formación de inventario avalúo y determinación del haber líquido”. La sentencia recurrida había dicho que la liquidación de gananciales en convenio regulador es un contrato de transacción en el que no caben más causas de ineficacia que las enumeradas en el art. 1817 CC. El TS casó la sentencia y rechazó “la extraña tesis de la Audiencia”, por considerar que en el negocio particional las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad; simplemente aceptan transformar sus cuotas abstractas en titularidad sobre objetos singulares. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, y tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso (S. 8-III-1995).

(68) Anteriormente, la sentencia de 4 de diciembre de 1985 juzgó otro caso de “convenio transaccional entre las partes”, que el recurrente sostenía que estaba prohibido por el art. 1809 del CC, por tratarse de un arreglo sobre una cuestión matrimonial. El Tribunal precisó, como ha venido haciendo en muchas sentencias “que el invocado art. 1809 del CC se refiere a las transacciones sobre el estado matrimonial, y no prohíbe transigir sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público”.

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.

SUPUESTO DE OPOSICION A LA APLICACION DEL CONVENIO DE LA HAYA DE SUSTRACCION DE MENORES

Isabel de los Riscos Angulo

Abogado. Miembro de la Asociación de Abogados de Familia

La aplicación del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y suscrito por España el día 7 de febrero de 1986, suscita no pocas dificultades, especialmente cuando por las especialidades del Derecho Internacional, los Convenios y Tratados suscritos por España, salvo reservas, deja fuera de la jurisdicción de los Tribunales españoles la resolución de cuestiones que, en muchos casos —como el que nos ocupa—, pueden dar lugar a una clara y absoluta indefensión para el justiciable español, que, víctima de la legislación interna de un tercer país contraria a nuestro orden público ⁽¹⁾, se ve imposibilitado de amparo

⁽¹⁾ Efectivamente, ciertas legislaciones —cual es el caso de la inglesa— restrictivas en cuanto a derechos y atentatorias contra la igualdad de los padres al optar por la guarda y custodia de sus hijos menores, posibilitan que una madre nacional de aquel país ostente de forma automática la guarda y custodia, y en su consecuencia la faculta a instar todo tipo de medidas y resoluciones judiciales que impidan al padre extranjero toda comunicación o derecho de visitas respecto a su hijo menor; y ello aunque, como es el caso de España, la guarda y custodia del menor (aunque nacido en Inglaterra al ser de padre español fue inscrito en el correspondiente registro en la Embajada española en Londres ostentando la nacionalidad española) puedan en principio ser atribuida a uno u otro progenitor.

cuando este tercer país instrumenta, acto seguido, a instancia de uno de sus nacionales la aplicación automática de un convenio ⁽²⁾. Esta “manifiesta falta de jurisdicción” en cuanto a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores suele ser invocada por el M.F. fundamentada en el artículo 8 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 que establece “*toda persona, Institución y organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central (...)*”.

Analicemos un supuesto real en el que un tribunal inglés instó la aplicación del convenio de sustracción de menores ante los juzgados españoles. Los hechos se produjeron de la siguiente forma:

- Fruto de la convivencia extramatrimonial que mantenían un español y una inglesa nació un hijo. Cuando el menor tenía un año y medio, sus padres, decidieron cesar en dicha convivencia de común acuerdo. En un principio, las relaciones entre padre e hijo se desarrollaron con total normalidad con la colaboración de la madre, buen entendimiento que quedó roto cuando ésta contrajo matrimonio con un compatriota, y decidió trasladarse de España a Inglaterra llevándose consigo al menor, sin previo aviso ni consentimiento del padre.
- El padre denunció los hechos ante los correspondientes juzgados a fin de evitar que la madre abandonara el país con el menor. A pesar de dichas denuncias, la madre logró adelantarse a la acción de la Justicia española y abandonó el país y fijando su domicilio en Inglaterra, donde actualmente permanece.
- La madre, consciente del alcance de su acción, y a fin de evitar que el padre pudiera contactar con su hijo, no le facilitó en momento alguno la dirección que tenía en Inglaterra, ni su teléfono. Es más, inició un procedimiento en dicho país solicitando al tribunal que prohibiera al padre relacionarse con su hijo, y para impedir que pudiera sacarlo de la circunscripción del Juzgado correspondiente a su residencia, autorizándole el Tribunal inglés a tachar su dirección en los documentos presentados. Afortunadamente tal solicitud le fue denegada por dicho

(2) En el caso que nos ocupa, la Autoridad Central de Inglaterra y Gales, dependiente del “LORD CHANCELLOR’S DEPARTMENT, hizo invocación de su ley nacional y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 en los siguientes términos: “...(el menor) nació en Inglaterra, y según la ley inglesa, la Sra. ...(la madre), tiene la responsabilidad paterna sobre el menor. Al retener ... (al menor), el Sr. ...(el padre) ha atentado contra los derechos de custodia de la Sra ... (la madre) según establece el Artículo 5 de la Convención, la retención se considera, por lo tanto injusta dentro del significado del artículo 3.^o”.

Tribunal, quien sin embargo incluyó una mención específica a que el menor y su madre abandonaron España sin consentimiento del padre estableciéndose en Inglaterra, y a que el padre desconocía el domicilio del menor en ese país.

- Con ocasión de un breve desplazamiento de la madre del menor a España acompañada de éste y de su actual esposo, aquella comunicó telefónicamente al padre del menor que podría verlo —aunque con ciertas contrapartidas de carácter económico que no vienen al caso— y estar con él tres o cuatro días. Llegado el día y en el momento de decirle al menor que su madre venía a recogerlo con su actual esposo y que tendría que volver a marcharse con ella y con aquel, el menor comenzó a llorar de forma compulsiva, resaltando los malos tratos de que era objeto por parte del marido de su madre. Ante tales hechos el padre se vio obligado a interponer la oportuna demanda ante el Juzgado de Familia, a fin de solicitar la adopción de las medidas recogidas en el artículo 158 del Código Civil, acordándose por el juzgado que el menor permaneciera en nuestro país.
- La madre instó ante los tribunales ingleses la solicitud de aplicación del convenio de sustracciones de menores. Dicha petición se acumuló al procedimiento instado en España por el padre.

Recibida dicha solicitud en el juzgado y después del oportuno traslado el padre se opuso a la restitución del menor a Inglaterra fundamentando su defensa de la siguiente forma:

a) En la prueba de la falsedad de las manifestaciones realizadas al juzgado por la madre del menor. La madre afirmaba que el padre del menor no se ocupaba de su hijo; que éste le autorizó a trasladarse a Inglaterra con su hijo; que estaba de acuerdo en que quedara bajo la guarda y custodia de la madre; y por último al asegurar que el padre conocía la dirección y teléfono donde se encontraba el menor, en Inglaterra.

Tales falsedades quedaron al descubierto de forma concluyente al poder aportar el padre la declaración de la citada Sra. ante el Tribunal de Procesos Familiares de Worthing, Inglaterra y la resolución de dicho Tribunal; por la que se denegaba la solicitud de Orden de Residencia y Orden de Pasos Prohibidos solicitada por la madre y que —afortunadamente— venía acompañando a la documentación de la solicitud de restitución del menor Joseph ya que en dicha resolución el Tribunal reconoce probado, por declaraciones de la propia madre que: “*J. y su madre se marcharon de España el 17 de febrero de 1994 sin el conocimiento ni consentimiento del padre y se instalaron en Inglaterra*”; “*Mientras se encontraban en España, el padre de ... y su familia pasaban mu-*

cho tiempo con el menor” y que “el padre de ... no sabe la dirección del menor en Inglaterra”.

b) En la necesidad de la adopción de las medidas solicitadas, por concurrir las causas de urgencia y peligro establecidas en el artículo 158 del CC, modificado por la Ley 1/1996, de 15 de enero a cuyo tenor: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de ese deber, por sus padres. 2.º) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos las perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

c) En las causas de excepción contenidas en el texto del propio Convenio de La Haya de sustracciones de menores por concurrir en este caso los supuestos establecidos en sus artículos 13 y 20; dichos artículos facultan al Tribunal competente del país reclamado a denegar la devolución del menor a su madre precisamente en situaciones como las que concurren en el presente caso y en tal sentido se puso de manifiesto que:

- La restitución solicitada conllevaría un grave riesgo para la salud psicológica y el desarrollo integral del menor.
- Igualmente, la citada devolución vulneraría el principio de defensa consagrado, como derecho fundamental, en el artículo 24 de nuestra Carta Magna. La Ley Inglesa atribuye, automáticamente, la guarda y custodia de los menores hijos no matrimoniales, en favor de la madre en los casos de crisis familiar, no habiendo existido pues en Inglaterra proceso alguno para la atribución de la guarda y custodia sobre el menor en favor de uno de los progenitores.

Conforme al principio constitucional aludido, al que añadimos el de igualdad y no discriminación por razón de sexo, la legislación española menor de edad en favor de uno de los progenitores no establece la concesión automática de la guarda y custodia de un hijo en las crisis familiares, sino que arbitra diversos procedimientos judiciales para dicha atribución, ya sea de manera provisional (*como en este caso*), o definitiva (*a través del procedimiento declarativo de menor cuantía*); debiendo articularse en los citados cauces procesales el derecho de defensa y de igualdad de ambos padres para la atribución de la guarda y custodia en relación a un hijo menor de edad.

Mediante auto de fecha 20 de diciembre de 1996 se resolvieron en primera Instancia los citados procedimientos acumulados, adoptándose entre otros los siguientes pronunciamientos:

- Que debo denegar y deniego la restitución del menor a su madre.
- Que debo conceder y concedo provisionalmente la guarda y custodia del dicho menor a su padre, quedando la patria potestad compartida con la madre.
- Ratificar la prohibición de que el menor pueda salir de España, sin consentimiento de su padre o en su defecto de la Autoridad Judicial.
- Estar a la petición de la citada madre para la fijación del correspondiente régimen de visitas.

La resolución del juzgado de 1.^a Instancia se fundamentó en base al siguiente razonamiento jurídico:

“... que hasta la fecha —refiriéndose a la del Auto de Medidas Provisionales— no ha existido ninguna resolución, tanto en España como en Inglaterra, por la que la guarda y custodia del menor se haya concedido a uno u otro progenitor, por lo que se está en el caso, de dictar la resolución que corresponda, conforme a la Ley Española, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, para de una forma provisional, regular la situación del menor, sin perjuicio del procedimiento declarativo que puede promoverse, y teniendo en cuenta asimismo, las Disposiciones del Convenio de La Haya sobre la materia, todo ello en interés del menor”.

El Abogado del Estado interpuso el correspondiente recurso de apelación contra el anterior auto. Veamos los argumentos de cada una de las partes en la vista del recurso:

- a) Parte apelante (Abogado del Estado): El motivo y la fundamentación del recurso era la siguiente: “El Juzgador *a quo* ha desestimado la petición de entrega del menor a su madre porque ninguna autoridad judicial inglesa ha dictado acuerdo en tal sentido, que deba ejecutarse por la autoridad española en virtud de lo dispuesto 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 en-

trega del menor”; “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”; “el Juez ha acogido indebidamente la cláusula de exención de la obligación de devolver al menor sustraído contenida en el Convenio y ello, por que de lo actuado no aparece probado que la entrega del menor a su madre pueda atentar contra su salud física, o que ponga en grave riesgo”.

- b) Ministerio Fiscal: Este se opuso a la restitución alegando en síntesis lo siguiente: “También ha de tenerse en cuenta como aplicable el derecho español, y que fue la madre la que primero sustrajo al niño llevándose-lo 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”.
- c) Parte apelada (padre del menor): Esta parte se adhirió 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. Por otro lado sostuvo 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.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto. Analicemos el contenido de dicha resolución:

— *Prueba del derecho extranjero.*

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 responsabilidad paterna sobre su 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.

— *La finalidad del convenio es únicamente impedir la consumación de situaciones de hecho ilegítimamente obtenidas.*

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 consume 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 definitivas en el procedimiento declarativo correspondiente”.

— *Consecuencias psicológicas de la hipotética entrega del menor a la madre.*

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 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 pege 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.

REFLEXIONES PARA UNA BUENA SEPARACION O DIVORCIO

M.^a Angeles Peña Yáñez

Psicóloga de Juzgado de Familia

A lo largo de nuestra experiencia profesional hemos ido tomando conciencia de que la crisis matrimonial debe analizarse desde una perspectiva más amplia que la estrictamente legal. En efecto, cuando se trata de estudiar, analizar o valorar la separación o el divorcio, nos encontramos que los profesionales que abordan la materia hacen especial hincapié en que la crisis matrimonial tiene un componente jurídico y otro personal, afectivo y emocional.

Por tanto, es erróneo pretender solucionar la crisis únicamente desde el punto de vista jurídico dejando a un lado los componentes afectivos y emocionales que al final serán los que movilizan las relaciones interpersonales posteriores.

Partiendo de tales premisas, parece oportuno exponer algunas anotaciones que nos hagan reflexionar sobre la conveniencia de un proceso normalizado, desdramatizado, afrontado desde un punto de vista más humano, desde la perspectiva de todos los miembros implicados y ello sin que necesariamente tengamos que sacarlo de su contexto legal. Se trata, en última instancia, de que los mismos cónyuges y progenitores no pierdan la responsabilidad que asumieron cuando contrajeron matrimonio y cuando engendraron a sus propios hijos. De esa forma, al humanizar un proceso jurídico llegaremos más fácilmente a las situaciones consensuadas que, frente a las situaciones impuestas jurídicamente, presentan innumerables ventajas para todos, aumentando sin duda el cumplimiento posterior de lo acordado.

Toda separación debe entenderse como un *proceso psicojurídico* que va pasando por diferentes etapas, donde intervienen múltiples factores o variables significativas, necesitando cada persona un tiempo para ir superándolas y para adaptarse a las nuevas circunstancias vitales.

La separación supone una crisis de gran trascendencia psicológica para todos los miembros de la unidad familiar implicados, tanto para los padres como para los hijos. Todos se ven obligados a reorganizar sus esquemas de vida, hábitos, estructura de relaciones personales, inter e intra familiares (parentales y filiales), sociales, percibiéndolo cada miembro de forma diferente y asumiendo niveles distintos de adaptación a la nueva dinámica, condicionada por los cambios tanto jurídicos como emocionales consecuentes a la separación/divorcio.

Siguiendo a A. Coy y F. de Benito (*Anuario de psicología jurídica 1992*), tanto para el adulto como para el niño el divorcio no es un hecho aislado, sino una cadena de hechos, una serie de cambios legales, sociales, psicológicos, económicos y sexuales, enlazados de forma compleja y que se prolongan en el tiempo. Son varios años de transición y desequilibrio antes de que cada uno acepte su nuevo papel y sistema de relaciones.

Dentro de ese proceso en realidad se están separando en una multitud de aspectos:

1. *Divorcio legal*, que consiste en la ruptura del contrato legal del matrimonio.
2. *Divorcio económico* que exige el cambio a dos unidades económicas a partir de una sola. La relación económica habitual ha finalizado y ninguno de los dos es responsable de las deudas o compromisos que adquiriera el otro.
3. *Divorcio físico*, la unidad familiar cambia físicamente de una residencia a dos.
4. *Divorcio emocional*: que se refiere a lo que les está sucediendo a cada uno de los esposos dentro de la relación que se está disolviendo. Los padres deben de rehacer sus relaciones a partir de la relación de dependencia hasta llegar a una de independencia o de interdependencia en el caso de que ambos estén participando activamente en la crianza y educación de los hijos.
5. *Divorcio psíquico* que se refiere a la forma en que cada padre, como individuo que está atravesando por la situación del divorcio, se siente en términos de los diferentes roles que juega en la vida (padre, trabajador, amante, (...))
6. *Divorcio sexual*: los dos cónyuges dejan de estar implicados en relaciones sexuales (entre ellos).
7. *Divorcio social*: que consiste en la aceptación por cada cónyuge del concepto de “soltería”; el verse así mismo separado/a, en la sociedad.
8. *Divorcio familiar* que se refiere a la aceptación por cada uno de los padres de su cambio de “status” dentro de los grupos familiares, especialmente en relación con la familia política.
9. *Divorcio co-paterno*: cada padre tiene que ver al otro como figura separada, pero con igual importancia en las vidas de los niños cuando las cargas comparten.
10. *Divorcio en la comunidad*, se refiere al hecho de que cada uno de los padres se sienta cómodo en relación con su cambio de “status” dentro de la comunidad, incluyendo el trato con el profesor o tutor de los hijos, el director del colegio, los padres de los amigos de los hijos, etc.

Así pues, partiendo de la consideración de que la separación como un proceso, con diferentes etapas y con las dificultades que pueden conllevar superarlas, según la forma como cada persona las afronte, es fácil prever posibles incidentes, desajustes, desequilibrios, y si se pueden prever, también se pueden adoptar medidas preventivas para que los desajustes sean menores evitando, de esa forma, posibles situaciones de riesgo.

Dentro de ese aspecto preventivo es importante mencionar una serie de puntos de reflexión que encierran un mensaje subliminal, y que en ocasiones son considerados como algo ya paradójico o banal si son expresados en contextos de forma generalizada, como algo normal que cabe esperar en cualquier separación, pero que potenciándolos podremos conseguir una separación menos traumática y sobre todo, evitando efectos negativos en los menores.

- La separación es un *proceso psicojurídico*. No cabe duda que tanto los padres como los hijos necesitan un tiempo para atravesar sus fases, tanto jurídicas como emocionales. Es por ello fundamental considerar que, las reacciones de los hijos estarán directamente relacionadas con la intensidad y calidad con que venga revestido el procedimiento judicial. No solo con la madurez y el estadio evolutivo en que se encuentren en el momento de la separación justificarán sus reacciones y asimilación más o menos adecuada de tal proceso.
- Con el divorcio finaliza el matrimonio, pero no la relación parental. No podemos olvidar el “tópico típico” tantas veces repetido de que “*los hijos no son una propiedad*”. Sin embargo, si analizamos la cantidad de ejecuciones pendientes que encontramos en los Juzgados en relación con el régimen de visitas, en numerosas ocasiones de difícil solución jurídica, podemos comprobar la irresponsabilidad de los padres y falta de madurez para ayudar a sus hijos en la difícil situación que atraviesan, aumentando los conflictos y dificultando la normalización de relaciones con ambos progenitores en las nuevas circunstancias vitales.
- El hijo como *objeto de reivindicación*, como *objeto de negociación económica*. En la mayoría de los procedimientos contenciosos la *utilización y manipulación* que se hace de los hijos es patente, no teniendo en cuenta, en esos momentos que se le delega a los hijos una decisión para la que no están informados ni preparados, se les somete a unas presiones emocionales y afectivas que puede conllevar unas repercusiones en su desarrollo, en ocasiones irreversibles.
- Las relaciones familiares *pre y post acto de separación* son el eje fundamental del equilibrio psíquico posterior de los hijos, debiéndose por tanto poner el énfasis en la forma de como desarrollar tal proceso,

incluso antes de iniciar sus trámites judiciales. No es el divorcio en sí mismo, sino la mala manera de ejecutarlo y la errónea actuación posterior de los padres lo que conlleva consecuencias negativas para los niños. Los hijos pueden superarlo si los padres cooperan. Hace falta dejar a un lado el tópico “hijos del divorcio”, no debemos conformarnos ni justificarnos con ello.

- El “interés” del menor es su *derecho a no “divorciarse”* de su madre, de su padre o de sus hermanos, sino a conservarlos. Con esta reflexión queremos resaltar que hay que garantizar a toda costa a los menores la relación con ambos progenitores y con sus hermanos. Los hijos necesitan que ambos padres les reaseguren y demuestren que les van seguir queriendo y que se van a ocupar de ellos, independientemente del tiempo que compartan con los mismos.
- Si la separación es conflictiva, el menor la experimenta en términos de pérdida: se rompen los vínculos afectivos con uno de los padres, se pierde un modelo de identificación, le crea inseguridades, pérdida sentido de pertenencia, etc.
- Una *paternidad responsable* implica que ambos son necesarios en su crecimiento y desarrollo físico y psíquico, como pilares estables donde encuentren seguridad afectiva, protección, piezas clave en la formación de su personalidad. Es esencial, por tanto alentar a los padres en una educación coherente y no contradictoria, pues ante las discrepancias educativas el menor se aliará con el que salga ganando, y cada padre trata de probar que es mejor que el otro ante su hijo.
- Los hijos necesitan *permiso (libertad) para amar a ambos* padres. Las dificultades encontradas en el cumplimiento del régimen de visitas están motivadas en muchos casos porque uno de los padres no da el suficiente “permiso psicológico” para relacionarse abiertamente con el progenitor no custodio. A pesar de la expresión, de que deja a su hijo que haga lo que quiera, que no influye, percibe el menor la falta de consentimiento del progenitor custodio, costándole trabajo enfrentarse a él a su regreso de las visitas. Por otro lado es preciso resaltar que lo importante no es la frecuencia de las visitas sino la *calidad* de las mismas.
- La inconstancia en el cumplimiento del régimen de visitas, con el consiguiente alejamiento padre-hijo, el descuido frente a sus responsabilidades afectivas y económicas es un síntoma de las relaciones familiares perturbadas, siendo patológico para el hijo, con repercusiones negativas en su maduración.

- Un procedimiento *contencioso* se centra en el pasado y alienta la *competición*, mientras que la utilización de la vía de acuerdos mira hacia el futuro, alentando la *cooperación*. La mejor manera de prevenir es educar en el respeto, en la capacidad de diálogo. Con un *buen acuerdo se consigue un ahorro* de tiempo, económico, emocional, de salud, etc., se reducen tensiones pronosticándose un futuro más favorable en las relaciones materno-paterno-filiales.

Se pretende hacer ver que, en definitiva, se puede y debe dar prioridad a las necesidades de los niños desde una doble perspectiva: aminorando los daños o efectos de la separación y salvando sus intereses. Y hacemos hincapié en estos dos puntos porque la separación conflictiva puede afectar al menor en diversas áreas:

- a) Area somática: descargo de ansiedad a través de somatizaciones: alteraciones digestivas, respiratorias, dolores de cabeza, etc.
- b) Area afectiva: ansiedad que produce alteración emocional, tristeza, pena, baja autoestima, sentimientos de culpabilidad, sentimientos de abandono o rechazo, síntomas depresivos.
- c) Area intelectual: desconcierto cognitivo, dificultades en el aprendizaje, etc.
- d) Area de adaptación:
 - Personal: desvalorización e insatisfacción personal, baja autoestima, inseguridad, variabilidad emocional, sentimientos de culpa.
 - Social: trastornos de conducta, agresividad, dificultades en las relaciones interpersonales.
 - Escolar: falta de motivación, hipolaboriosidad, falta de atención, rechazo al profesorado.
 - Familiar: conflicto de lealtades, rechazo a relaciones parentales o familia extensa.

Es lógico finalizar estas reflexiones haciendo una llamada de atención a todos los profesionales que intervienen en cualquier momento del conflicto de pareja (letrados, psicólogos, jueces, trabajadores sociales, médicos, fiscales...), sea antes, durante o después de una separación judicial para que no dramatice-mos ni nos dejemos llevar solo por los impulsos del momento valorando solo aspectos legales, ni solo aspectos emocionales, sino que calibremos siempre la situación, pues una adecuada conjugación y equilibrio de ambas variables, jurídica y emocional hace que sea positivo un proceso psicojurídico como es el proceso de la separación o divorcio.

Debemos ser optimistas en el mensaje a transmitir e indicar que, aunque la relación matrimonial haya sido extremadamente dificultosa, los padres siempre pueden cambiar de actitud hacia una mayor cooperación y flexibilidad de posturas, sin mermar su responsabilidad ni disminuir su autoestima, siempre y cuando se centren en las necesidades de sus hijos. Por ello la vía de acuerdos siempre tiene que estar abierta, aunque sean acuerdos parciales, delegando en la justicia aquellos que no sean capaces de alcanzar, pero sin perder su capacidad de decisión y responsabilidad.

RESPONSABILIDAD DE JUECES Y ABOGADOS: DOS REGLAS DE MEDIR

Juan José Reyes Gallur

Abogado. Miembro de la Asociación de Abogados de Familia

Recientemente se han dictado dos sentencias, a mi entender de suma importancia en materia matrimonial. La primera de ellas en el tiempo, es la dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 14 de octubre de 1998, en la que se condena a un letrado al pago de 5.000.000 pesetas como perjuicio causado a su cliente por haber solicitado en un divorcio pensión alimenticia en lugar de compensatoria.

La segunda sentencia es la dictada por el Tribunal Supremo el día 9 de febrero de 1999, en la que se absuelve a un Juez que habiendo admitido y fijado medidas previas o provisionalísimas, no accede a dictar medidas provisionales.

Ambas sentencias tienen una gran importancia en el ámbito del derecho de familia, puesto que, por un lado se reconoce la necesidad de diferenciar los conceptos de carácter económico que manejamos en esta rama del derecho civil, cuales son, contribución a las cargas, pensiones alimenticias (hijos y esposa), pensiones compensatorias e indemnizaciones. Y por otro, se sanciona a quienes desconociendo estos términos y las especialidades de este Derecho, y ante su falta de conocimientos, irrogan graves perjuicios económicos a sus clientes.

Es evidente que como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid en la sentencia citada:

Partiendo de que el Abogado se halla sujeto a la responsabilidad civil cuando por negligencia dañe los intereses de su defendido, esta Sala, al igual que el Juez de Instancia, llega al convencimiento, tras el análisis de los hechos enjuiciados, de que el Letrado demandado, incurrió en falta de celo y diligencia profesional en la defensa de los

intereses de su cliente, y ello, en razón de que solicitó erróneamente una pensión alimenticia sin caer en la cuenta de algo que debiera ser de sobra conocido por un profesional de la abogacía, cual es que la pretensión que debía deducir era la de una pensión compensatoria pues a partir de la disolución matrimonial reconocida por sentencia de divorcio, en lo económico queda sin efecto y contenido el derecho de alimentos entre cónyuges y sólo cabe la obligación de abonar una pensión compensatoria cuando concurren las circunstancias de desequilibrio previstas en el artículo 97 del Código Civil.

El propio letrado viene a reconocer su equivocación cuando, al recurrir la sentencia de instancia (que desestima su solicitud de alimentos por errónea e inadecuada a la naturaleza del procedimiento de divorcio) pretende sustituir la pensión alimenticia por la compensatoria, lógicamente sin obtener resultado positivo, pues una y otra son de distinta naturaleza y se sustentan en preceptos y presupuestos diversos.

La solicitud de pensión compensatoria a favor de la esposa dentro del procedimiento de divorcio, era procesalmente admisible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil y criterio reiterado de esta Audiencia, pues aunque había sido suscitada en el procedimiento anterior de separación, lo cierto es que allí quedó impreviada por razones meramente formales o de extemporaneidad; de otra parte, lo que es más importante, era de obligada postulación para una adecuada y correcta defensa de los legítimos intereses de doña Anunciación, como lo evidencia el hecho de que para ella pidiera una pensión alimenticia y que ésta, desde prácticamente su separación matrimonial, bien en concepto de carga familiar o pensión alimenticia, hubiera venido percibiendo de su esposo una suma de dinero para atender sus necesidades vitales.

Se produjo, por lo tanto, un error en el planteamiento del Letrado demandado que perjudicó los legítimos intereses económicos de la actora y le produjo un daño moral cierto en cuanto que se la privó del ejercicio de un derecho con razonables posibilidades de ser atendido por los tribunales.”

No obstante, hemos de indicar que aún hoy día, y a pesar de que cada vez los conceptos “pensión alimenticia” y “pensión compensatoria” se diferencian claramente, no podemos olvidar que en ocasiones, las Salas de las distintas Audiencias Provinciales, han concedido la pensión compensatoria y alimenticia de forma poco ortodoxa y que ha dado lugar a diversos criterios doctrinales.

En algunas sentencias, por ejemplo, nos hemos sorprendido ante el hecho de que simplemente se conceda una pensión, sin determinar si es alimenticia o

compensatoria. En otras se concede una pensión compensatoria, cuando el letrado solo solicitaba una pensión sin especificar, por el mero hecho de que en los fundamentos de derecho de la demanda, se citaba el artículo 97. Igualmente existen criterios doctrinales que mantienen la posibilidad de concederse pensiones alimenticias y compensatorias en una misma sentencia, criterio que se rechaza en otras sentencias.

Se preguntará el lector a qué vienen las anteriores consideraciones. Pues bien, se efectúan al hilo de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de este año, en la cual, justificando las distintas teorías doctrinales existentes sobre las medidas provisionalísimas y provisionales (y que hoy ya están más que superadas), absuelve a un Juez que en el año 1993 no admite dictar auto de medidas provisionales, argumentando que ya existían unas medidas dictadas en sede de medidas previas. Curiosamente la Audiencia Provincial de Salamanca estimó la negligencia existente en el Juzgador, si bien, como decimos, el Tribunal Supremo le absuelve de la misma. Es más que recomendable una lectura de la sentencia, pues de la misma se analiza de forma coherente toda la teoría sobre medidas previas: concepto, recursos, conversión en medidas provisionales, crítica al incidente de oposición al auto de medidas provisionales, por ello transcribo los fundamentos de derecho más interesantes.

“SEGUNDO.— Considera la Sala de Instancia que el juzgador carecía de disposición, con arreglo a lo establecido en los artículos 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 359, 361, 371 y 1899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para negarse a resolver sobre las medidas provisionales instadas por una parte legítima (...) A tal supuesta infracción procesal se refiere la Sala que dictó el Auto 125/1993, de 24 de diciembre, cuando hace notar el torpe actuar del Juez «a quo», quien tras tramitar la pieza de medidas provisionales resolvió en el «auto», que puso fin a la misma, no haber lugar a dictar aquéllas. Pudo reproducir —dice— las adoptadas como medidas provisionalísimas por el cauce de los artículos 1844, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) Lo segundo, porque las medidas acordadas al amparo del artículo 104 del Código Civil, son inmediatamente ejecutivas, gozando de igual naturaleza las adoptadas de primera vez o sustituyendo a las precedentes con base en el artículo 103 del propio Texto Legal, en tanto las acogidas en la sentencia no lo son hasta que la misma adquiere la calidad de firme... No es por tanto el acuerdo denegatorio del régimen de visitas adoptado en la Resolución de 31 de mayo de 1993 sino la ilegal subsistencia de dicha resolución, sin expresa confirmación y ratificación de las medidas de urgencia adoptadas, hasta que seis meses después fue dictada sentencia firme y definitiva en los autos principales por la Audiencia Provincial.

Sin que baste para obviarlo el no haberse interpuesto contra aquel recurso de reposición por la parte o por el Ministerio Fiscal, porque aun admitiendo que dicha resolución se halle sujeta a las reglas generales de los recursos —materia sobre la que no se ha puesto de acuerdo la doctrina— su formulación en la práctica deviene ineficaz por el legal perencimiento de las mismas en el plazo de treinta días de no presentarse demanda o por su sustitución a petición de cualquiera de las partes una vez interpuesta ésta.

TERCERO.—(...) Al tiempo se incide en una flagrante infracción del ordenamiento procesal, en tanto el artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concede a la parte, a toda parte, que se crea perjudicada en su derecho, y el juzgador no es quien para analizar previamente tal cuestión, poder formular oposición ante el propio Juez, sin que en ningún caso pueda paralizarse la ejecución ni la Ley defiera la cuestión al procedimiento principal, al ordenarse su sustanciación en pieza separada, por los trámites y recursos de los incidentes (...)

QUINTO.—El recurso consta de un único motivo, dividido en cuatro apartados (artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que denuncia la infracción del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar que no concurren en el caso los requisitos para que pueda prosperar la acción de responsabilidad que es objeto de la demanda. Arguye, en primer término, que el recurrente-demandado no dictó ninguna resolución manifiestamente contraria a la ley. Hace notar que —con independencia del mayor o menor acierto de su decisión— nunca se llegó a resolver sobre las provisionales instadas, ya que en el Auto de 22 de septiembre de 1993 razonó que «no había lugar a dictar medidas provisionales quedando éstas pendientes de la resolución del procedimiento principal», manteniendo (con sujeción a un criterio interpretativo) que «habían de mantenerse vigentes las medidas provisionales» «a fin de evitar una duplicidad tan innecesaria como contraproducente». Resulta acreditado sostiene en la propia sentencia que, el Magistrado-Juez de 1.ª Instancia resolvió la cuestión que se le planteaba, no obstante, pueda decirse que lo resuelto no era conforme al criterio mantenido por la Sala de la Audiencia Provincial, o incluso, que tal resolución no era conforme a derecho; encontrándonos entonces no «ante una manifiesta infracción procesal» sino ante la aplicación de un criterio erróneo.

SEXTO.—El origen del tema litigioso (responsabilidad civil del Juez recurrente) se halla en las posibles hermenéuticas que suscitan los artículos 104 y 106 del vigente Código Civil, a los efectos de deter-

*minar si la conducta del demandado, comportó grave culpa o negligencia engendrada de la responsabilidad en cuestión, o si, por el contrario, los criterios interpretativos que empleó, aunque fueran des-
certados, no permiten la expresada calificación.*

(...) El conjunto normativo resultante no es todo lo coherente que debiera, de modo que su aplicación ha dado lugar a diversas interpretaciones y dudas doctrinales, pues mientras algunos han mantenido la persistencia de unas «medidas provisionalísimas», diferenciadas de las «medidas provisionales», otros entienden que prevalece sólo un tipo de medidas —las provisionales— que se pueden adoptar en momentos temporales distintos, ya sea, con carácter previo a la interposición de la demanda, ya sea, con posterioridad a la misma.

En lo que concierne al tema que nos ocupa el criterio del Juez se ha basado en la consideración de que habiendo resuelto, en fase previa, conforme al artículo 104 del Código Civil, no procedía, resolver de nuevo, en el fondo, sobre las medidas provisionales solicitadas, en la contestación a la demanda, ya que las pedidas «carecen de razón de ser toda vez que se deben entender vigentes, al amparo del artículo 106 del Código Civil las medidas provisionalísimas acordadas en su día, por Auto de fecha 31 de mayo, y demás, con el fin de evitar una duplicidad tan innecesaria como contraproducente, máxime cuando no han variado en lo sustancial, las circunstancias que motivaron aquéllas».

Desde esta perspectiva, no puede tacharse de incoherente la decisión adoptada al razonar sobre la inadmisión a trámite del procedimiento incidental de oposición que se plantea: «el procedimiento incidental que pretende la oponente, al amparo del artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está concebido en buena lógica jurídica, para oponerse a aquellas medidas provisionales concretas concedidas, por el contrario, el auto que se pretende impugnar, lo que contempla precisamente, es no haber lugar a dictar dichas medidas provisionales al existir unas medidas provisionalísimas anteriores, en vigor, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil. A mayor abundamiento de lo anterior, el loable celo de la oponente, al pretender abrir un nuevo procedimiento incidental en defensa de sus intereses, y en la premura de su aplicación choca frontalmente con la existencia del procedimiento principal de separación abierto, en fase avanzada de tramitación, y en cuya resolución, deben solventarse y establecerse las medidas definitivas, para regir la nueva situación de las partes, es de suponer D.M., con mayor prontitud que en el procedimiento incidental pretendido».

SEPTIMO.—El discurso del Juez, en el caso litigioso, que nos ocupa, responde a la idea de que sólo hay unas medidas, llámense «provisionalísimas» o «provisionales», según se soliciten con anterioridad o coetáneamente a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma, en este tipo de procedimiento. No son, por tanto, medidas potestativamente sucesivas (al menos sobre las materias ya resueltas) sino que las primeras, si se adoptan, excluyen las segundas. Por ello tiene lógica, con este pensamiento, que rechace, una vez consideradas subsistentes las medidas adoptadas, con carácter previo, el incidente de oposición del artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, situado en la ordenación o regulación de las antiguas «medidas provisionales», que, en su opinión ya no cabe adoptar porque están adoptadas con anterioridad. En este orden de ideas, la «inutilidad» (puesta de relieve por un sector de la doctrina de este «incidente», incidente de otro incidente) hace explicable que el Juez tome en consideración que está a punto de concluir el asunto principal donde se resuelve, definitivamente, sobre las medidas.

OCTAVO.—Por supuesto que una interpretación menos radical que la adoptada por el Juez demandado hubiera conducido a tomar en consideración el principio «pro actione», y, con ello, posiblemente a la aceptación del incidente. También es cierto que, «la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados mal llamada recurso, que establece la Ley Procesal Civil (artículos 903 y siguientes) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 16.1 y 411 a 413) por consecuencia del ejercicio de sus funciones cuando hubieran incurrido en dolo o culpa y asimismo por negligencia o ignorancia inexcusable, no es un derecho abstracto, inalcanzable para los ciudadanos. Al contrario, es del todo conveniente su exigencia y ha de potenciarse, pero dentro de los estrictos presupuestos legales y con acatamiento a las condiciones de procedibilidad que la normativa legal establece, a fin de evitar abusos, lo que sería efecto contrario tan discorde con la Justicia, como su indebido y desviado ejercicio» (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1994). Pero para que proceda tal responsabilidad la infracción «ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la “voluntad negligente o la ignorancia inexcusable”, a que alude el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple “error judicial” o “deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia” como lo designan los artículos 121 de la Constitución Española, 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo caso es el Estado y no el Juez o Magistrado personalmente el que asume la res-

ponsabilidad inherente» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1994). En el caso, desde luego, no se dan estos caracteres pues el Juez no ha cometido ninguna infracción. Simplemente ha adoptado un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, que no configura la concreción de dicha responsabilidad.”

A pesar de lo interesante que pueda resultar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia doctrinal sobre medidas, parece que en materia de responsabilidad civil se utilizan dos reglas de medir, una para los jueces y otra para los letrados. Sin embargo, de ambas sentencias creo debe extraerse como conclusión que el Derecho de Familia cada día es más un derecho especial de indudable trascendencia y que esa especialidad debe serle reconocida y exigida tanto a Jueces como a Abogados.

CRÓNICA LEGISLATIVA

EN ESTA SECCIÓN SE INFORMARÁ A LOS LECTORES DE LOS BORRADORES, PROYECTOS, TRAMITACIONES PARLAMENTARIAS Y TEXTO DEFINITIVO DE TODAS LAS LEYES NACIONALES Y AUTONÓMICAS QUE AFECTEN AL DERECHO DE FAMILIA.

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 10/1998, DE 15 DE JULIO, DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA, DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA

(PROPOSICIÓN DEL GRUPO SOCIALISTA, BOC D SERIE B: 15 DE FEBRERO DE 1999 NÚM. 276-1)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La entrada en vigor de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, aprobada por el Parlamento de Cataluña, que regula aspectos sustantivos de la relación de pareja, tanto hetero como homosexual, plantea el problema del cauce procesal adecuado para la resolución de diversos problemas para los que puede, o debe, reclamarse la intervención judicial.

Dado que la competencia legislativa en materia procesal es competencia exclusiva del Estado, resulta necesario llevar a cabo las reformas procesales que provean la solución de los problemas suscitados por la manifiesta inadecuación del procedimiento civil de menor cuantía a la resolución de cuestiones que claramente pertenecen al ámbito del Derecho de Familia, para el que existen procedimientos especiales.

Tales problemas son de índole urgente, y no consiente la demora de la espera de la entrada en vigor de una posible futura Ley de

Enjuiciamiento Civil que venga a resolverlos.

Mientras no exista tal nueva Ley de Enjuiciamiento Civil parece adecuado dar a estas materias el trámite procesal establecido desde 1981 para los procesos matrimoniales, con las necesarias adaptaciones, tanto en los aspectos propiamente procesales, incluida la posibilidad del mutuo acuerdo, como en la determinación de la competencia territorial de los órganos judiciales, lo que viene a realizarse con la mera adaptación de las normas de competencia establecidas en la disposición adicional tercera de la Ley 7/1981, de 7 de junio. Es por ello que procede la adopción de la presente

PROPOSICIÓN DE LEY

Artículo 1.—Los procesos que se susciten en relación con la extinción de una unión estable de pareja, heterosexual u homosexual, en vida de los convivientes y sus efectos, incluidas las medidas personales y económicas relativas a los hijos comunes, se sustanciarán por los trámites incidentales

previstos en la disposición adicional quinta de la Ley 7/1981, de 7 de junio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, salvo las letras b), e), i) y k).

Art. 2.º—En cualquier momento del proceso las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento según lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 3.º—Las peticiones de mutuo acuerdo se tramitarán por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria.

Art. 4.º—Será juez competente para conocer de los procesos contenciosos a los que se refiere la presente Ley el de primera instancia del lugar del domicilio común. En el caso de residir las partes en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio común o el de residencia del demandado.

Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijados podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

En los procesos de mutuo acuerdo será competente el juez de primera instancia del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de ellos.

Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en esta norma.

DISPOSICION TRANSITORIA

Esta Ley será de aplicación a los procesos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REFORMA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE PROCESO DE SEPARACION Y DIVORCIO, CUANDO SE DERIVEN O TENGAN COMO PRECEDENTES MALOS TRATOS ENTRE LOS CONYUGES

(PROPOSICIÓN DEL GRUPO POPULAR, BOCG SERIE B: 16 DE NOVIEMBRE DE 1998 NÚM. 236-1)

EXPOSICION DE MOTIVOS

El Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, establece una estrategia coordinada de actuación de los poderes públicos contra la violencia doméstica, como consecuencia de la voluntad de erradicar esta clase de comportamientos. Sin embargo, otros aspectos colaterales del fenómeno de malos tratos en el ámbito familiar deman-

dan medidas que puedan coadyuvar a la erradicación de aquéllos, mediante prevención o mediante el acortamiento de situaciones de crisis. A estos efectos, es interesante la Memoria del Fiscal General del Estado de 1998, que, posteriormente al Plan de Acción antes citado, se ha publicado. En este sentido, el objeto de la reforma lo constituyen los artículos 86 y 103 del Código Civil, en primer lugar al objeto de ampliar el punto 5.º del primer artículo citado incluyendo como cau-

sa de divorcio, no sólo la condena por atentado contra la vida del cónyuge, sino otros supuestos de malos tratos graves; en segundo lugar, se busca que, al tiempo de acordar las medidas provisionales, el Juez de lo civil pueda recabar el asesoramiento que le dé mejores elementos de juicio para el establecimiento de las más apropiadas.

Artículo único. Modificación del Código Civil.—El punto 5.º del artículo 86 queda redactado como sigue:

«5.º La condena por sentencia firme por la comisión de cualesquiera de los siguientes delitos:

- a) Atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.
- b) Producir a su cónyuge o a sus descendientes, con violencia o intimidación, amenaza o engaño, un aborto o lesiones al feto.
- c) Atentar contra la integridad física de su cónyuge, ascendientes o descendientes, produciéndole lesiones calificadas como delito.
- d) Ejercer habitualmente violencia sobre su cónyuge, o sobre sus ascendientes o descendiente.

e) Realizar en la persona de su cónyuge, o de sus ascendientes o descendientes, un delito de detención ilegal, secuestro o coacciones.»

Se introduce un último párrafo en el artículo 103 del Código Civil, que tendrá el siguiente tenor:

«Si en las demandas de separación o divorcio se alegasen como causa los malos tratos, o en las de nulidad la existencia de éstos como causa del vicio en el consentimiento, el Juez con carácter previo o posteriormente a la adopción de las medidas establecidas en el presente artículo, podrá acordar la práctica de una prueba pericial psicológica sobre el cónyuge presuntamente autor de los mismos. La anterior medida se acordará en todo caso cuando se haya abierto juicio oral o haya sido condenado el cónyuge por los delitos establecidos en el punto 5.º del artículo 86, y se vaya a acordar un régimen de patria potestad compartida, o un uso no exclusivo de la vivienda familiar, u otras medidas que impliquen un acercamiento espontáneo y no vigilado del cónyuge a su entorno familiar. A resultas del pronóstico de comportamiento del cónyuge objeto de examen psicológico, el Juez acordará lo procedente.»

MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DEL PROCESO DE SEPARACION Y DIVORCIO CUANDO TENGAN COMO PRECEDENTES MALOS TRATOS ENTRE LOS CONYUGES

(PROPOSICIÓN DEL GRUPO PARLAMENTARIO FEDERAL DE IZQUIERDA
UNIDA, BOCG SERIE B: 14 DE DICIEMBRE DE 1998 NÚM. 262-1)

EXPOSICION DE MOTIVOS

Según los últimos informes, en 1997 fueron 17.000 las mujeres que denunciaron a sus maridos, compañeros o ex-conviviendo por malos tratos, y 75 mujeres perdieron la

vida. En los últimos cinco años, el número de denuncias ha aumentado un 7,30 por 100. Según los expertos, éstas cifras sólo representaron entre un 5 y un 10 por 100 del total de los malos tratos psíquicos y/o físicos que se producen en nuestro país.

La violencia familiar se produce en todas las clases sociales. No obstante cuando se extraen datos de denuncias que se realizan, encontramos principalmente mujeres de clases sociales desfavorecidas.

Pero si se analizan los datos más a fondo encontramos que las mujeres que acuden al procedimiento de separación o divorcio, han sido objeto de malos tratos físicos o psíquicos. En los procesos de separación nos encontramos que para la mayoría de las mujeres es una situación traumática, ya que supone un largo proceso.

Las modificaciones que se proponen en determinados artículos del Código Civil en lo relativo a la separación y el divorcio, pretenden recoger causas como la pérdida de afecto entre los cónyuges, así como los malos tratos físicos o psíquicos.

Artículo único.—Uno. Se incluye un

nuevo punto 8 en el artículo 82 del Código Civil, del siguiente tenor literal:

«8. La desaparición del afecto entre los cónyuges».

Dos. Se modifica el punto 5 del artículo 86 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente forma:

«5. La condena por sentencia firme, el procesamiento o la apertura de juicio oral por atentar contra la vida o la integridad física o psíquica de su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.»

Tres. Se crea un nuevo párrafo en el artículo 104 del Código Civil, del siguiente tenor literal:

«Si la demanda se basa en la causa 5ª del artículo 86, el juez podrá acordar la práctica de una prueba pericial psicológica con carácter previo a la adopción de las medidas provisionales.»

DEBATE EN TORNO A LA TOMA EN CONSIDERACION DE LAS PROPOSICIONES DE LEY PRESENTADAS POR IZQUIERDA UNIDA Y POR EL PARTIDO POPULAR, SOBRE MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DEL PROCESO DE SEPARACION Y DIVORCIO CUANDO TENGAN COMO PRECEDENTES MALOS TRATOS ENTRE CONYUGES

(DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. AÑO 1999 VI LEGISLATURA NÚM. 215. SESIÓN PLENARIA NÚM. 207 CELEBRADA EL MARTES, 23 DE FEBRERO DE 1999).

El señor **PRESIDENTE**: Pasamos al debate de las proposiciones de ley que sobre la misma materia han presentado los grupos de Izquierda Unida y Popular y, en concreto, sobre modificación del Código Civil en materia de proceso de separación y divorcio cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges.

Las proposiciones se van a debatir agrupadamente de forma tal que, en primer lugar, intervendrá, para la presentación de la del Grupo de Izquierda Unida, el señor Castellano, y posteriormente el Grupo Popular. Finalizado el turno, fijará posición el resto de los grupos.

Adelante, señor Castellano.

El señor **CASTELLANO CARDALLIAGUET**: señor presidente. Se trata de emplazar a esta Cámara en un tema que, al parecer, ha suscitado —no podía ser otra manera— una enorme sensibilidad en nuestra sociedad y, por ende, en sus representantes legales y parlamentarios sobre el mal trato de las mujeres. Ha llegado el momento en que se pase de la queja, en que se pase de una evidente y legítima manifestación de solidaridad a tomar medidas que pongan coto o que, por lo menos, puedan paliar la situación en que se encuentran muchísimas mujeres, que, bien con carácter previo a manifestar su intento de llevar una vida digna, promoviendo su separación o divorcio, o bien porque ya han puesto en marcha el ejercicio de estas acciones, en lugar de ser objeto de comprensión, en lugar de respetarse ese elemental derecho a la libertad, son objeto de toda clase de malos tratos, de toda clase de vejaciones.

Algunos podrán objetar que una simple modificación legal como la que proponemos, que en modo alguno empece la adopción de otro conjunto de medidas que puedan adoptarse, tiene más carácter represivo que educativo y que puede que no sea la única vía, y estamos absolutamente de acuerdo con ello. Hasta que seamos capaces de conseguir que el reproche social ante estos comportamientos se plasme hasta en las propias escuelas, se viva en las propias familias sin que haya ninguna clase de complacencia, ni siquiera de intento justificativo, no podremos parar en la lucha que tenemos que llevar hacia adelante. Pero, de momento, es evidente que cuando aparece algo tan grave como la violencia conyugal, en situaciones de hecho o de derecho, ésa es la prueba manifiesta de que ha desaparecido lo único que puede vincular a dos ciudadanos a mantener una vida en común, el afecto. Es más, yo diría que nuestra proposición de ley, al insistir en que se incluya un nuevo punto octavo en el artículo 82, en el que se entendiera como causa de separación y de divorcio la desaparición del afecto entre los cónyuges, debería

bastar. No haría falta ninguna otra consideración. Sería el reconocimiento explícito de que ese contrato —entiéndase la expresión—, de que ese compromiso de vida en común no tiene ninguna posibilidad de ser impuesto a quien no lo desee libre y voluntariamente, y con ello, repito debería bastar.

Lamentablemente, esta filosofía, la filosofía de la voluntariedad, la filosofía de la libertad más absoluta, no ha cuajado todavía en muchas capas de nuestra sociedad. Se sigue pensando por parte de algunos, desde Izquierda Unida pensamos que de una forma equivocada, que las relaciones interpersonales pertenecen al orden público, y no es así. Las relaciones interpersonales sólo deben pertenecer al ámbito de lo que llamamos el orden público cuando las consecuencias de su quebranto, cuando las consecuencias de su frustración, repercuten en seres inocentes que son los hijos. Salvado este supuesto, debería contemplarse desde la legislación, debería contemplarse desde la más elemental ética, el respeto más absoluto a la voluntad, qué duda cabe que admitiendo —porque nuestra sociedad está estructurada como está— que a lo mejor, en el ejercicio de la voluntad de uno de los cónyuges de poner fin a la convivencia puede haber, y no podemos ignorarlo, ni más ni menos que una situación de inferioridad, objetivamente dañosa para el cónyuge que la sufre, que debe ser objeto de protección y al que no se puede dejar abandonado a su suerte. En todo caso, el principio o la filosofía de la voluntariedad debería estar suficientemente plasmado en nuestras leyes.

Sin embargo, cuando además de esa desaparición del afecto lo que aparece es un conjunto de —utilizando la vieja terminología canónica— sevicias, malos tratos, atentados a la propia integridad personal e integridad psíquica, atentados a algo tan absolutamente protegible como debe ser el derecho a la propia personalidad, no podemos permanecer, en modo alguno, como meros espectadores; se tienen que tomar medidas que faciliten algo tan elemental como es la legítima defensa. Legítima defensa del cónyuge

que, por el simple ejercicio del derecho a la libertad, comprobada la desaparición del afecto, tiene derecho y quiere a iniciar una vida en la que pura y sencillamente tal vez no va a encontrar la felicidad sino que simplemente va a escapar a una situación auténticamente tormentosa y auténticamente dañina para ellos.

Podríamos discutir enormemente acerca de si bastaría con la denuncia de unos malos tratos comprobados, si es necesario, por el contrario, la condena, si basta con el procesamiento o si, en cualquier otro supuesto, la simple apertura del juicio oral por este motivo da lugar a ello. Yo no voy a entrar en ninguna disquisición jurídica, porque este problema no es jurídico; éste no es un problema jurídico. Jurídicamente le daremos la fórmula que creamos conveniente en la ponencia, si aceptamos el que sea objeto de tramitación en esta Cámara. Yo quiero entrar en el problema político y quiero entrar en el problema ético, a cuyo servicio tiene que estar el derecho y a cuyo servicio tiene que estar la legalidad. Y al servicio de esa legalidad, repito, no voy a hacer enorme hincapié en cuál sea el supuesto a contemplar, pero sí voy a hacerlo en que si algo hay grave —porque generalmente se produce en un ámbito en que está casi garantizada la indefensión de la víctima, en que ésta está en una actitud absolutamente inerte, por condiciones subjetivas y objetivas— es la violencia sobre la mujer en las situaciones de convivencia. No es lo mismo la violencia en cualquier otro supuesto.

Cuando se nace a la situación de convivencia por razón del afecto, por razón del compromiso de una vida en común, y se sigue alimentando, por gravísimas que sean las circunstancias que se atraviesen, la esperanza de la restauración de una posible situación mejor, se está en unas condiciones anímicas y corporales objetivamente imposibilitadoras del ejercicio de la más legítima defensa. Y allí donde no puede llegar la voluntad, donde se puede producir la imposibilidad de que la propia víctima ponga coto a

esa situación, tiene que intervenir inmediatamente el legislador, y tiene que hacerlo tomando las medidas inmediatas para la paralización de toda actitud dañosa, tiene que colocar inmediatamente encima de la mesa ese conjunto de disposiciones que eviten la continuidad en el daño y que puedan servir pura y sencillamente para que no se produzcan daños mayores.

No voy a cansar a SS.SS. con argumentaciones acerca de la necesidad absoluta de modificación de esta legislación para que las situaciones bien dañinas y peligrosas en que se encuentran muchísimos ciudadanos y ciudadanas sean objeto de inmediata corrección y que, desde luego, no pueden esperar a la tramitación de un largo procedimiento ni pueden ser objeto de buenos consejos.

Acabo apelando a algo que yo creo que a todos los que estamos en la Cámara, por encima de las formulaciones jurídicas, por encima del texto de la ley, nos ha hecho coincidir desde el momento mismo en que muchas diputadas lo pusieron de manifiesto y nos llamaron y convocaron a un compromiso para que estas situaciones, si efectivamente no podemos evitar que se puedan repetir —ahí están las circunstancias de cada caso—, sí podemos poner los mecanismos para que en cuanto se produzcan y en cuanto aparezcan no puedan continuar y sean objeto inmediatamente de corrección, de cuidado y de solidaridad por todos nosotros.

Por ello, pido a la Cámara el voto favorable hacia esta proposición de ley, en el ánimo abierto de Izquierda Unida de que si la misma es admitida a trámite, junto a la presentada por el Partido Popular, estamos convencidos de que la aportación de todos los grupos parlamentarios hará surgir un texto legal que nos dará satisfacción a todos y que merecerá pura y sencillamente la aprobación por la sociedad en un tema en el que muy legítimamente nos está reclamando un mayor sentido de responsabilidad y una inmediatez absoluta.

El señor **PRESIDENTE**: Muchas gracias, señor Castellano. Para la defensa de la

proposición que sobre la misma materia, de forma análoga, ha formulado el Grupo Popular, tiene la palabra la señora Barrios.

La señora **BARRIOS CURBELO**: Gracias, señor presidente. Señoras y señores diputados, intervengo para solicitar el voto afirmativo a la toma en consideración de la iniciativa legislativa que hemos presentado el Grupo Popular, en el sentido de modificar dos artículos del Código Civil en materia de separación y divorcio cuando tuvieren como causa o razón los malos tratos. Todos sabemos que el maltrato a la mujer y a determinados familiares de forma continuada se ha venido realizando desde hace muchos años, pero también es cierto que la ausencia de miedo, de vergüenza, y los cambios que se han producido en la sociedad española han dado lugar a que se hayan producido con mayor asiduidad y número las denuncias por malos tratos. Esto ha tenido como consecuencia que en los últimos años se hayan producido casi 20.000 denuncias por malos tratos al año y se haya conocido que se han ocasionado muertes a mujeres por malos tratos en una cantidad mayor que las muertes producidas por la banda terrorista ETA.

Ello ha dado lugar a una reacción de toda la sociedad española, de todos los órganos del Estado y del Gobierno español, en el sentido de considerar estas agresiones que se producen a los familiares como un ataque a la propia sociedad, como un ataque a la democracia. Y considerándolo una cuestión de Estado, el Gobierno español, en abril del pasado año, ha regulado el denominado Plan de erradicación de la violencia doméstica. Este plan, que va a tener una duración de tres años y con un importe de unos 9.000 millones de pesetas, además de medidas de tipo educativo, social y sanitario, recoge unas modificaciones legales. Se modifica el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de un proyecto de ley que en este momento se encuentra en el Congreso, en el sentido de que, en el artículo 153, que regula las lesiones, se establece que se considerará culpable de delito por lesiones aquél

que ejerza habitualmente la violencia, física o psíquica, sobre el que es o era su cónyuge o estuviese unido con análoga relación de afectividad, o a otros familiares. Modifica también el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considerando que se pueden aplicar medidas cautelares de alejamiento o de prohibición de residencia cerca de las víctimas en aquellos delitos en que se atenta contra la integridad física o psíquica de los familiares.

Teniendo en cuenta esta iniciativa, que nos parece muy importante para erradicar los malos tratos, la violencia física o psíquica, que normalmente se produce contra la mujer en el hogar o contra otros familiares que conviven con el agresor, y entendiendo que es importante que contenga estas medidas de prevención general y de erradicación de los malos tratos, e incluso que tenga un contenido pedagógico para distinguir perfectamente lo que es una actuación criminal, creemos que estas medidas —como he dicho anteriormente— deben coordinarse con unas modificaciones en materia civil. Por eso hemos presentado esta iniciativa legislativa, con el fin de modificar el artículo 86, que recoge las causas de divorcio.

En la actualidad, el apartado 5.º del artículo 86 del Código Civil establece que se podrá acudir al divorcio cuando existiere sentencia firme condenatoria por atentar contra la vida del cónyuge, ascendientes o descendientes. El Grupo Parlamentario Popular considera que se debe añadir otra serie de supuestos: que también se pueda acudir al divorcio cuando existiere sentencia firme condenatoria; cuando los malos tratos se produzcan utilizando violencia e intimidación, amenaza o engaño sobre el cónyuge o descendientes, aborto o lesiones al feto; cuando se atente contra la integridad física del cónyuge, ascendientes o descendientes, considerando dichas lesiones como delito (es lo relativo al artículo 153, que se modifica con el proyecto de ley del Gobierno, al que antes me he referido); cuando se ejerza violencia de forma habitual contra el cónyuge, ascen-

dientes, descendientes y otros convivientes en la unidad familiar o, por último, cuando se hubieren realizado por el condenado en sentencia firme delitos de detención ilegal, secuestro o coacciones sobre el cónyuge, ascendientes o descendientes.

Al Grupo Popular nos parece muy importante esta ampliación de poder acudir al divorcio en estas circunstancias debido a que, en este momento, toda persona que sufre malos tratos sólo puede acudir a la separación. Con esta proposición no se está limitando que se pueda acudir a la separación; por el contrario, se está aumentando una paño de posibilidades de acudir al divorcio cuando existen malos tratos. Además, con las modificaciones que se van a llevar a cabo por el proyecto de ley del Gobierno, va a ser mucho más fácil conseguir la condena por el delito de lesiones, por ejercer habitualmente la violencia, y mucho más rápido, porque la modificación del artículo 153 que recoge el proyecto del Gobierno, en materia penal, establece que, para este tipo de delitos, la habitualidad no va a ser la que regula el artículo 94 del actual Código Penal, que exige como mínimo tres sentencias condenatorias sobre la misma víctima y en un determinado período de tiempo. En el segundo párrafo de este artículo 153 se recoge que, para este tipo de delitos en los que se ataca a la integridad física o psíquica de los familiares o convivientes, se va a considerar habitualidad sólo el poder acreditar que se está ejerciendo la violencia física o psíquica sobre cualquiera de las víctimas que conviven y que no es necesario ese número mínimo que regula en este momento el Código Penal, en su artículo 94.

Por tanto, estamos tratando de que, en momentos de auténtica crisis, como es una ruptura matrimonial, y cuando la mayoría de las veces las mujeres o féminas convivientes, cónyuges, hijos menores, incluso los habidos fuera del matrimonio, o menores que en un momento dado pueden estar bajo determinada situación de acogimiento o guarda, que están sufriendo una situación crítica de mal trato físico o psíquico, se les pueda

dar una salida, una solución, no aumentar el sufrimiento que esas personas tienen. Esta es la finalidad de esta modificación.

Respecto al artículo 103, que es el que regula las medidas que se aplicarán cuando se presente una demanda de separación, divorcio o nulidad, que se fundamente en malos tratos, y se presenten medidas provisionales o provisionalísimas, que regulan los artículos 103 y 104, añadimos dos párrafos, en el sentido de que cuando esto surgiere, es decir, presentación de demanda de separación, divorcio o nulidad por malos tratos con medidas provisionales o provisionalísimas, previamente o posteriormente, el juez que vaya a conocer de estos procedimientos, sabiendo todos la lentitud, por lo recargados que están en este momento los juzgados de familia o de primera instancia, pueda practicar una prueba pericial psicológica, para fijar una serie de medidas que no permitan que el agresor se acerque de forma espontánea y sin control ni vigilancia a los familiares agredidos. Y que esta prueba pericial psicológica en todo momento se lleve a cabo desde que haya una sentencia condenatoria por malos tratos o desde que se haya abierto el juicio oral en este sentido.

Consideramos que estos dos apartados van a ayudar muchísimo a la celeridad de la aplicación de las medidas cuando exista crisis conyugal y cuando esta crisis conyugal está fundamentada en algo tan terrible como son los malos tratos físicos o psíquicos. Porque en este momento, señoras y señores, los procedimientos, no sólo de separación y de divorcio son lentos, sino de medidas provisionales y provisionalísimas, llegan a tardar en aplicar medidas hasta tres o cuatro meses. Esta práctica de la prueba pericial podrá permitir que el juez, previamente y con base en la modificación que en lo penal se está llevando a cabo y coordinando medidas, practique la prueba pericial, no permitiendo que exista un régimen de visitas o un acercamiento al hogar o al trabajo familiar. Eso nos parece esencial, porque, además, en este momento, y no nos engañemos, las víctimas que

sufren los malos tratos son los, en su mayoría, tienen que salir del hogar familiar, con sus hijos o con todos aquellos familiares o convivientes que sufren las agresiones. Nosotros pensamos que esto es injusto, que lo que se debe hacer es tomar las medidas oportunas para que quien tenga que salir del hogar sea el agresor y que esto lo pueda dictar el juez fundamentado en una prueba pericial, para poder garantizar la integridad física o psíquica.

Esto va unido a una iniciativa legislativa que se va a debatir el jueves, que es el proyecto de ley de enjuiciamiento civil, donde se va a regular la modificación de un nuevo procedimiento de separación o divorcio, que dará lugar a una mayor agilidad e inmediatez, con unos plazos más breves y con posibilidad de conocer más adecuadamente los intereses en conflicto en estos procedimientos, coordinando todas las medidas penales que se recogen en el proyecto de ley del Gobierno.

Con esta proposición de ley y la de Izquierda Unida, cuya toma en consideración por supuesto vamos a votar afirmativamente, porque nos parece muy adecuado añadir una causa de separación como es la desaparición de afecto entre los cónyuges, puesto que muchísimas veces muchas parejas, para no tener que esperar un determinado periodo o alegar determinada causa, muchas veces inexistente, para su separación, ahora podrían alegar esta causa de separación que es la falta de amor o de afecto, que nos parece esencial en la convivencia.

A lo largo del debate parlamentario, podríamos mejorar las dos proposiciones de ley cuya toma en consideración se está debatiendo en este momento, pero estamos convencidos de que las mismas están elaboradas para mejorar la situación de las mujeres maltratadas y que en todo momento lo que se persigue es dar mayores soluciones a quienes se encuentran, en una crisis matrimonial, en la peor de las situaciones, que es cuando se ha sufrido el maltrato físico y psíquico, que todos y todas conocemos, pues todos los parlamentarios y parlamentarias estamos

muy sensibilizados con este tema. La medida nos parece muy adecuada y por eso pido su voto afirmativo para la toma en consideración y para su posterior debate parlamentario. Muchas gracias.

El señor **PRESIDENTE**: Muchas gracias, señora Barrios. ¿Algún grupo desea consumir un turno en contra? La señora Alberdi, en nombre del Grupo Socialista, sí desea utilizar el turno en contra. Adelante, señora Alberdi.

La señora **ALBERDI ALONSO**: Muchas gracias, señor presidente. Señorías, estamos ante dos proposiciones de ley, del Grupo Parlamentario Popular y del Grupo de Izquierda Unida, hechas, a mi juicio, precipitadamente, sin estudio y sin profundizar. Fueron presentadas en noviembre y diciembre de 1998, respectivamente, a raíz de la propuesta del Defensor del Pueblo, para intentar responder —desde luego, inadecuadamente— a los problemas de los malos tratos que se producen habitualmente en el marco de la relación conyugal o de una ruptura conyugal. Contienen propuestas que no resuelven los problemas, sino que más bien los complican. Se trata de propuestas que no son serias. En el caso del Grupo Parlamentario Popular, está elaborada por el propio grupo, no ha pasado por el gabinete técnico de ningún Ministerio ni por la Comisión de Subsecretarios.

Sinceramente, creemos que no hubiera superado la prueba. Fue el informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres el que sugirió, como una de las modificaciones en el ámbito del Derecho Civil, la del artículo 86. Hoy se contempla el apartado 5. Pero el Defensor proponía que cuando exista situación de violencia doméstica se pueda acceder directamente al divorcio, sin necesidad de esperar a los plazos legalmente previstos.

En primer lugar, y comprendiendo el objetivo del Defensor en cuanto al acortamiento de los plazos, sería discutible si la medida se puede tomar sola, de una forma aislada, en cuanto técnicamente posible, o si habría que reducir una serie de trámites y avanzar una

reforma en la totalidad. Esa es la idea de lo que presentó el Defensor. En cualquier caso, dicha propuesta habría de estudiarse desde la perspectiva de un cambio en profundidad del régimen jurídico de las rupturas matrimoniales y no como lo hacen los proyectos de ley que hoy se presentan, a nuestro juicio. El caso del PP es más llamativo, ya que es el partido que está en el Gobierno y que, por tanto, viene obligado a ser más riguroso. Su propuesta no resiste el más mínimo análisis jurídico y demuestra que el PP persigue la propaganda, el hacer que hace y en ningún caso resolver el problema de miles de mujeres víctimas de malos tratos. (Un señor diputado: ¡Muy bien!) La proposición de ley del PP y de Izquierda Unida no reduce los plazos ni plantea el acceso directo al divorcio por causa de malos tratos, como quería el Defensor. Mantiene la situación actual de cese de la convivencia como forma de obtener el divorcio y añade al apartado 5 del artículo 86 diversas causas, entre ellas la de malos tratos con condena firme en causa penal, como vía para el divorcio. Señorías, obtener una sentencia firme en causa penal en nuestro ordenamiento jurídico es mucho más lento y requiere más trámites que el cese de la convivencia para obtener el divorcio, además de que la prueba en el ámbito penal tiene otras características y garantías que en el civil por lo que su obtención es más complicada.

La reforma del artículo 86, apartado 5, del Código Civil que se pide por los dos grupos proponentes va en contra del objetivo que en teoría se propone. El objetivo es reducir los plazos, ir directamente al divorcio. Pues bien, la propuesta produce, sin duda alguna, un plazo mucho más largo que una separación previa o un cese efectivo de la convivencia conyugal en los plazos establecidos. Todos sabemos que el artículo 86, apartado 5, comienza diciendo —lo ha dicho S.S. el representante del Grupo Parlamentario Popular— que será causa de divorcio la condena por sentencia firme por la comisión de cualesquiera de los siguientes delitos: el que está previsto hoy, que es atentar contra la vida del cónyuge, ascendientes o descendien-

tes, al que el Partido Popular añade la integridad física y, no sabemos por qué, no incluye la psíquica, pero añade otros como aborto, lesiones al feto, violencia habitual, detención ilegal, secuestros o coacciones.

No sé si ha pensado el grupo proponente —creo que no— que su propuesta requiere la condena por sentencia firme. ¿Saben SS.SS. lo que tarda una sentencia firme en producirse y cuántos recursos caben hasta obtener la firmeza? Desde luego, más años y más trámites que para que transcurran los años de cese efectivo de la convivencia conyugal previstos en el propio artículo 86 como causa de divorcio.

Uno o dos años, según sea de mutuo acuerdo o contencioso. A ello, además, hay que añadir, como hemos dicho, que la prueba cambia absolutamente en el ámbito civil y en el penal, ya que, como es sabido, la prueba en la jurisdicción penal está rodeada de una serie de garantías que la dificultan, lo que no ocurre en la jurisdicción civil.

Si lo que pretende el PP con esta proposición es reducir los trámites y agilizarlos, va a conseguir todo lo contrario y va a complicar la situación. Nos tememos que lo que ha querido una vez más el Partido Popular, el Grupo Parlamentario Popular, es aparecer como comprometido con la causa de las mujeres víctimas de malos tratos, sin estudiar el tema a fondo, y se ha lanzado a la propaganda. Además ha aludido S.S. al plan de acción del Gobierno. En el plan de acción del Gobierno que se aprobó en abril de 1998 ni se menciona la posible reforma que hoy se trae aquí. Simplemente ni se menciona, lo cual es curioso y hay que destacarlo, porque, como digo, no hubiera resistido el filtro de pasar por una serie de informes de gabinetes técnicos.

Hay que reiterar que el Defensor del Pueblo, a pesar de que el Partido Popular no lo haya entendido, quiso decir y dijo en su informe que proponía la reforma del artículo 86 del Código Civil para poder acudir directamente al divorcio sin esperar los plazos de cese de convivencia previstos actualmente

en la ley. Pero como causa directa, civil, no como causa condicionada al requisito nada menos que de una sentencia firme penal condenatoria. Esto con respecto a la primera parte de la propuesta.

Con respecto a la segunda parte de la propuesta, que es más amplia en el caso del PP, de modificación del artículo 103 del Código Civil, es innecesaria y contraproducente y además demuestra la ignorancia de quien lo hace, ya que en la práctica de los tribunales la prueba pericial psicológica puede ser acordada en cualquier momento si así lo considera conveniente el juez para mejor proveer. Por tanto, no se precisa a este respecto ningún tipo de reforma. Ahora bien, otra cosa es que a través de esta petición aparezca la idea de que el maltratador es una persona con alteraciones psicológicas, cuando la realidad es que se trata de personas que tienen interiorizada la idea de superioridad y dominio sobre las mujeres. Resulta muy grave que el Partido Popular, el Grupo Parlamentario Popular, pueda tener este planteamiento en torno a la violencia de género.

Por su parte, Izquierda Unida hace la propuesta idéntica, pero en este caso la produce en el artículo 104 del mismo Código Civil. Hay otra propuesta relacionada con la desaparición del afecto entre los cónyuges, que se comenta sola, porque para eso está el mutuo acuerdo.

Y la verdad es que hoy en día el problema no es obtener la causa, sino los efectos personales y patrimoniales en torno a las causas tanto de separación como de divorcio.

Sí resulta grave —y en esto quiero hacer hincapié, señorías— la referencia en la propuesta del Partido Popular a la atribución del uso no exclusivo de la vivienda familiar, al que parece dar carta de naturaleza, cuando no está previsto en el actual Código Civil —esto no figura en la propuesta de Izquierda Unida—, aunque se acuerde en algunos casos por los tribunales. Se trata de una aberración jurídica, a nuestro juicio, recoger esta posibilidad precisamente en los casos de violencia.

En suma, creemos, primero, las modificaciones propuestas no sólo no benefician, sino que agravan y entorpecen la situación jurídica legal que las mujeres maltratadas vienen padeciendo con la ley actual, además de significar un engaño inadmisibles para las afectadas.

Segundo, introducir en las actuales medidas provisionales de separación un dictamen psicológico del agresor desvirtúa el propio procedimiento provisional y abreviado. Tercero, aludir a la no atribución del uso de la vivienda en estos supuestos de violencia, cuando la ley actual establece lo contrario, la atribución exclusiva a uno de los cónyuges, es un escarnio para las víctimas de la violencia. Hoy se prevé la atribución exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge víctima de los malos tratos y a los hijos. ¿Cómo es posible que el Partido Popular quiera cambiar esta situación precisamente en estos casos? Nos asombra, desde luego. Creemos que lo que habría que hacer, y no hace desde luego el Partido Popular con esta propuesta, es acometer seriamente una reforma en profundidad, una reforma sustantiva y una reforma procedimental; modificar el proceso, ordenarlo, evitar usos inadecuados del mismo con fines dilatorios, buscar la concentración y la intermediación y, desde luego, no hacer brindis al sol trayendo a esta Cámara proyectos como el que nos ocupa, que no hacen sino marear los temas, contar cambios y supuestas mejoras que no existen y levantar falsas expectativas entre las mujeres.

Nuestro grupo, señorías, señor presidente, votará en contra de la toma en consideración de esta propuesta, que no resiste, como decimos, el más mínimo análisis y que demuestra la vacuidad del Grupo Parlamentario Popular y su afán de propaganda, sin perjuicio, desde luego, de reservarnos, para el supuesto de que fuera aprobada por esta Cámara, la posibilidad de enmiendas a todo su contenido. Muchas gracias.

El señor Castellano pide la palabra. Y la señora Barrios. ¿El señor Castellano también por alusiones?

El señor **CASTELLANO CARDALLIAGUET**: No, es que como hay un turno en contra, en la medida en que se pueda entender que ese turno en contra es también contra la admisión a trámite de esta proposición, pido el uso de la palabra.

El señor **PRESIDENTE**: Ahí voy, ahí voy. En la medida en que pueda entenderse, pero ha recibido mucho más varapalo, tengo la impresión, el Grupo Popular.

El señor **CASTELLANO CARDALLIAGUET**: No se preocupe, señor presidente, que bajo ningún concepto voy a salir en su defensa (Risas.)

El señor **PRESIDENTE**: Estaría usted en su derecho, señor Castellano.

El señor **CASTELLANO CARDALLIAGUET**: Ese papel se lo dejo a ellos. Lo digo porque podría pensar S.S. que, saliendo en su defensa, lo hiciera tan mal, que le dejara en peor situación. Bajo ningún concepto.

El señor **PRESIDENTE**: Me deja muy tranquilo. Adelante.

El señor **CASTELLANO CARDALLIAGUET**: Le voy a reservar su tiempo.

Quiero referirme exclusivamente a lo que pueda suponer descalificación de la modesta proposición de ley que el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida ha introducido.

Yo le diría, voy a decírselo, a nuestra querida ponente, doña Cristina Alberdi, que se plantee sencillamente a efectos dialécticos el supuesto de que nos conformáramos con sus tesis y dijéramos amén a toda su argumentación —que yo no voy a descalificar bajo ningún concepto, el derecho es absolutamente opinable—. Nos conduciría a la paradójica situación de que, queriendo todos poner coto a una situación que a nadie gusta, nos quedáramos sin legislar sobre ella.

La enmienda o el turno en contra obviamente a lo que no puede conducir es a todo lo contrario. Si alguien acusa en un momento determinado a unas proposiciones de ley de insuficiencia, de no ser lo suficientemente adecuadas, lo sensato y lo lógico es decir: voy a poner encima de la mesa las que son más suficientes y las que son más adecuadas.

Pero querer conducirnos al callejón sin salida de decir que no se estime ninguna de las proposición —y ahora me refiero a la mía— nos llevaría a quedarnos sin legislar sobre un tema que la propia oponente, en su turno en contra, reclama como importantísimo, entre otras cosas citando —asumimos esa cita y la valoramos en lo que debe— ni más ni menos que al Defensor del Pueblo. Punto primero.

Punto segundo. Repito que nuestro intento de incluir en el artículo 82 un punto octavo, la desaparición del afecto entre los cónyuges, no la equiparamos al divorcio por mutuo consenso. Es al contrario. Históricamente Izquierda Unida ha defendido, frente a la opinión del divorcio por mutuo consenso, la opinión del divorcio por el simple disenso de una de la partes. Nadie puede estar obligado a convivir en común con otra persona si no quiere. Por tanto, lo que hacemos es precisamente introducir algo que no se contempla en la legislación actual: la pura voluntariedad de no permanecer en vida en común.

Sobre cuyo supuesto no admitimos ni que se pida cuenta o explicaciones, porque es el ejercicio de la más omnimoda libertad. Y, desde luego, no queremos entrar en lo que hoy nuestro Código Civil contempla como las relaciones de culpabilidad o de causalidad. No, cuando alguien no quiere vivir con otra persona, no debe haber fuerza humana ni divina que le obligue a ello. (El señor vicepresidente, Fernández-Miranda y Lozana, ocupa la presidencia.) Esto es lo que quiere decir el divorcio por la desaparición del afecto entre los cónyuges. Y basta que sea enarbolado, esgrimido o alegado por una de las partes para que, desde nuestro punto de vista, inmediatamente se deba dar lugar al mismo, para evitar mayores males.

Y tercero. Puede que tenga razón la señora Alberdi. A lo mejor, en lo que se refiere a la modificación del artículo 86, los supuestos que se contemplan pueden dilatar más el proceso. Muy bien. Pero frente a esa tesis, señora Alberdi, es cierto y evidente que, como no se modifican otras posibles causas, será la parte la que escoja aquel procedi-

miento que le pueda parecer más cómodo o más rápido, en cuyo caso, si usted quiere, podrá acusarnos de ponerle otra albarda al jumento. Pues con dos albardas, a lo mejor resulta que ofrece dos oportunidades.

En la medida en que usted haya querido mantener un turno en contra de nuestra proposición de ley, le hago estas reflexiones, desde la comprensión más absoluta de sus posiciones y, por descontado, sin verter ni un solo elemento de descalificación acerca de lo que usted haya podido decir. Pero, evidentemente, no lo compartimos, porque si lo compartiéramos, comprenderá que tendríamos que retirar ahora mismo la proposición de ley y quedarnos en esa situación, que nos parece muy poco razonable, de dejar que las cosas sigan como están. Porque no queremos que las cosas sigan así es por lo que provocamos, y vuelvo a utilizar el mismo término, un debate en esta Cámara, para que de una vez por todas se admitan estas o cualesquiera otras proposiciones y nos pongamos a la tarea. Y no le quepa la menor duda, señora Alberdi, de que, reconociendo su autoridad en la materia, su presencia en la ponencia y sus aportaciones serán tan bien recibidas que va a salir todo ello absolutamente enriquecido, pero sea coherente, no se oponga a que por lo menos se trate este tema. Muchas gracias.

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, señor Castellano. Señora Barrios.

La señora **BARRIOS CURBELO**: Gracias, señor presidente.

Hago mía la exposición que ha hecho el señor Castellano, a pesar de que ha dicho que no quería defender al Grupo Popular de los ataques que la señora Alberdi, en nombre del Grupo Socialista, nos ha hecho con relación a nuestra iniciativa legislativa. Sí me ha parecido muy adecuado su talante y todo lo que ha dicho al respecto y, en ese sentido, me remito a lo dicho, esto es, estas iniciativas que se han presentado tienen como finalidad ampliar la posibilidad que pueda tener la mujer que sufre malos tratos físicos y psíquicos para poder acudir no sólo a la separación sino también al divorcio y que, con la lenti-

tud con que en este momento se están tramitando los procedimientos, por la acumulación de los mismos, pueda practicarse una mera prueba pericial que dé lugar al alejamiento del agresor, con unas medidas adecuadas. Sin embargo, la señora Alberdi —y me ha sorprendido mucho, porque no acostumbra a tener este tipo de intervenciones— nos ha atacado a los miembros del Partido Popular, diciendo que esta es una iniciativa resultado de algo así como: el que mucho habla y da poco trigo. Y que todo son iniciativas cara a la galería, interpretando nuestros motivos.

Señoras y señores parlamentarios del Grupo Socialista, la actitud del Partido Popular, de las mujeres y de los hombres del Partido Popular, en la lucha por las mujeres y los hombres de la sociedad española es tan legítima y tiene la misma finalidad que la de cualquier otro grupo parlamentario, cualquier otro partido político: conseguir su felicidad y su buena convivencia.

Con respecto a sus críticas, tengo que decirle que nosotros lo que no hacemos es hablar mucho, que es una especialidad que tienen otros partidos. Nosotros lo que hacemos es trabajar en el día a día. Esta iniciativa es resultado, por supuesto, de ese trabajo. No sólo es el resultado, sino que le voy a recordar —no sé si estaba en ese momento usted en el Grupo Socialista como parlamentaria— que, con fecha 11 de febrero de 1992, el Grupo del CDS presentó una iniciativa legislativa en el sentido de considerar como causas de divorcio las mismas de la separación y, sin embargo, el único grupo, el único, que votó en contra de esa iniciativa fue el suyo. Hace siete años, la señora Pelayo, en nombre del Grupo Socialista —que, por cierto, intervino por Izquierda Unida el señor Castellano, y lo puede recordar—, alegaba que esa modificación lo que hacía era repetir causas y que, por tanto, no estaba de acuerdo. Que con lo que estaban de acuerdo era con modificar la ley de enjuiciamiento civil. Hace siete años niegan ustedes una iniciativa similar, que, según ustedes, sería el fundamento de la que hoy en tal caso apoya-

rían, pero, repito, en ese momento la niegan, y ahora vuelven a cercenar otra iniciativa parlamentaria, por la única causa de que no nace de ustedes.

A mí me parece muy bien el debate político y que se pueda decir que la vida política es dura, pero yo creo que en el Congreso de los Diputados estamos para valorar y para mejorar iniciativas legislativas. En ese momento, hace justamente siete años, ustedes negaron una iniciativa en este sentido. Hoy la vuelven a negar alegando que sólo se arregla el problema de las separaciones y divorcios con la modificación del Código Civil, lo que tampoco llevaron nunca a cabo. Entonces, ¿qué es lo que se pretende? ¿Oposición por oposición, incluso estando en el Gobierno en aquellos años? Sigán ustedes haciendo oposición, porque nosotros consideramos que hablamos poco, pero damos trigo y al final nuestro trabajo beneficia a todos los españoles; el de ustedes, ni trigo, ni millo, ni cebada y al final ni alfalfa. Muchas gracias. (Varios señores diputados: ¡Muy bien! Aplausos.)

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, señora Barrios. Señora Alberdi.

La señora **ALBERDI ALONSO**: Muchas gracias, señor presidente. Le ha salido a usted, señoría, un defensor inesperado de su propuesta, que a la vez defendía la suya, que tiene una gran capacidad dialéctica. El señor Castellano ha dicho que no descalificaba a nadie; yo no descalifico, pero sí hay una serie de datos en la propuesta que, como he dicho, me parecen inadecuados y no resisten el más mínimo análisis.

Señoría, lo primero que hay que ver es que el plan de acción que desarrolla y aprueba el Gobierno no incluye esta propuesta, y usted se remonta nada menos que a hace siete años, a una propuesta del CDS, diciendo que el Grupo Socialista no la aprobó. Es probable que fuera una propuesta que no estuviera adecuadamente realizada, porque no se trata sólo de hacer propuestas y a través de las enmiendas crear una situación mucho peor e inadecuada a la que tenemos en el mo-

mento actual. Lo que yo he querido dejar claro cuando he intervenido es que la propuesta que ustedes hacen —y me he referido a que tiene una parte propagandística, pero voy a admitir que no la tenga— tiene una parte de impericia, porque llevar a cabo una propuesta en los términos en que se presenta complica la situación más que beneficiarla, y esto se lo puede decir cualquier persona experta en temas matrimoniales.

En el momento actual en el ámbito matrimonial hay muchos problemas, pero estos no vienen derivados de la causa de separación ni de divorcio —que es muy fácil obtenerla hoy en España, es muy fácil probarla, y en eso no hay nunca problemas—, sino en los efectos personales y patrimoniales. El tema más grave que tenemos en el ámbito de la resolución de las rupturas matrimoniales es el procesal, precisamente porque hay una duplicidad o multiplicidad de supuestos, de medidas, de efectos, de contraefectos, de modificaciones, y eso es lo que habría que reformar. Ahora tenemos la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tampoco lo resuelve, pero donde formularemos las enmiendas oportunas. No piense usted, señoría, y se lo digo con toda honradez, que por hacer atropelladamente una serie de modificaciones y traerlas a esta Cámara vamos a pensar que con muy buena voluntad usted está resolviendo un problema, porque puede estar creando un conflicto mayor, un batiburrillo y una situación que perjudique a las personas que tienen que acudir a este tipo de supuestos. No soy sólo yo, sino los expertos en este ámbito matrimonial, cualquiera que haya visto las dos proposiciones de ley, sobre todo la de ustedes, los que se llevan las manos a la cabeza, sobre todo en el artículo 103, cuando usted habla de un uso no exclusivo del domicilio familiar, que es uno de los caballos de batalla que tenemos en el tema de las rupturas matrimoniales, máxime en casos de violencia contra las mujeres. Ese es uno de los supuestos en el que está más indicado el uso exclusivo, la atribución a la mujer y los hijos, y usted plantea en la alternativa algo que no está en el Código Civil, nada menos que

el uso de la vivienda con carácter no exclusivo.

¿Qué pasa, señoría, es que hay que llegar a que se le pegue fuego a una mujer y se muera para que haya una sensibilidad sobre esta materia? Pues si hemos de llegar a eso, ahí había un uso no exclusivo. (Aplausos.)

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, señora Alberdi. ¿Grupos que desean fijar su posición? (Pausa.) En nombre del Grupo Parlamentario Mixto, tiene la palabra, en primer lugar, la señora Almeida.

La señora **ALMEIDA CASTRO**: Muchas gracias, señor presidente. Señoras y señores diputados, la verdad es que nos encontramos ante unas proposiciones de ley sobre las que, en principio, todos decimos que podrían ser estupendas, que está muy bien acceder al divorcio de una forma rápida y, por tanto, yo tendría que decir que estamos de acuerdo. Sin embargo, creo que esta ley no va a permitir el acceso al divorcio de forma rápida, ni va a permitir que las mujeres tengan mayores facilidades, sino que tendrá que ser mediante otras leyes cuya reforma está pendiente también en esta Cámara, como es la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que me temo que difícilmente vaya a ser tramitada en esta legislatura. También está pendiente la reforma del Código Penal en materia de malos tratos, de habitualidad, etcétera. Por el contrario, de repente, vemos hoy esta reforma que, por ser tan pequeña, parece que va a arreglar grandes cosas.

Para cualquier ciudadano y ciudadana el derecho al divorcio de inmediato, a elección suya entre la separación o el divorcio, es un derecho que nos tenemos que cuestionar. No podemos obligar a la gente por decreto o por mandato de una ley a tener que aguantar su relación durante más tiempo cuando quieren romperla. Ahora se lo admitimos a las mujeres con malos tratos, y quiero decir que muchas veces en torno a los malos tratos se empieza a hacer un gueto, se crea una situación en la que si a usted le pegan, entonces puede ir al divorcio, pero si no le pegan y no le quieren y le tratan mal, entonces vaya a la

separación. Eso es absurdo porque estamos condicionando incluso que entre el maltrato por la falta de *afectio maritalis* y el maltrato por una paliza se esté ahorrando un pleito, y no estamos en eso. Estamos dando salida siempre a situaciones de presión social y no a situaciones de necesidad pública, de necesidad personal y de necesidad individual.

Estas dos proposiciones de ley, pero sobre todo la del Grupo Parlamentario Popular que, primero, introduce unas causas de acceso directo al divorcio como es que te provoquen una amenaza de aborto, cuando el terrible problema que existe ahora es que los maridos te denuncian cuando interrumpes el embarazo para quitarte a los hijos y su custodia y además hay otros problemas planteados, indican que estamos fatal. Segundo, que ahora digamos que para demostrar los malos tratos hay que hacer un estudio psicológico del agresor cuando nos ha dicho el Defensor del Pueblo que uno de los rasgos típicos del maltratador es que es simpático, alegre, cordial para los de fuera y un maltratador para los de dentro, nos lleva a que lo único que podemos encontrar en ese examen psicológico sea eso. Además, y le voy a comentar otra situación, si quiere acelerar el pleito, excepto en Madrid capital, donde hay un equipo multidisciplinar que tiene psicólogo, en toda la periferia no hay ni un psicólogo y tardas un año para hacer una prueba psicológica, con lo cual debemos pensarlo.

No vemos clara esta situación. No por regularla mal vamos a causar bien. Nos deberíamos sentar tranquilamente y no andar a la carrera, presentando cada uno una proposición de ley y esperando que se presenten las enmiendas. ¿Por qué no hablamos de un proyecto de modificación de la Ley del Divorcio de verdad, que aclare y dé rapidez al procedimiento? ¿Cómo es posible que usted hable de que en una separación se pueda adjudicar una vivienda a los dos? Como ha señalado la diputada Cristina Alberdi, cuando se ha decidido que el piso de arriba es para Ana Orantes y el piso de abajo para el marido, éste cuando la ha visto pasar la ha quemado. ¿Cómo vamos a provocar estas

situaciones? Ello supone desconocer cuál es la realidad.

Por tanto, vamos a sentarnos y a hablar. Si todos queremos arreglar el problema, vamos a hacerlo bien. No vayamos a provocar estas situaciones.

Yo pediría que se retiraran estas proposiciones para que podamos hacer un gran trabajo en unidad. Podemos oponernos a las dos porque no resuelven el problema, aunque nos da pena por compartir la idea del acceso directo al divorcio.

También le quería decir al señor Castellano que la pérdida del *afectio* no la están planteando ustedes para el divorcio, la están planteando para la separación y en ese sentido, desde el momento en que se presenta una demanda, la pérdida del afecto está presente y ya hemos conseguido introducirla en nuestro ordenamiento. Lo que queremos es eliminar el proceso de ir a dos pleitos distintos. Anuncio que nuestro grupo no ve clara la proposición y, aunque deseamos solucionar los problemas, nos vamos a oponer a esta resolución.

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, señora Almeida. Señor Vázquez.

El señor **VAZQUEZ VAZQUEZ** (don Guillermo): Gracias, señor presidente. Desde nuestro punto de vista, las proposiciones de ley de modificación del Código Civil en materia del proceso de separación y divorcio con precedentes de malos tratos entre los cónyuges pretenden, aunque sea colateralmente, abordar también el problema de los malos tratos con medidas legales que contribuyan a erradicar la violencia. Del contenido de las propuestas nos parece importante la inclusión de un nuevo punto 8 en el artículo 82 del Código Civil, que añade a las causas de separación la desaparición del afecto entre los cónyuges, lo que supone una adaptación a la realidad social, además de ser acorde con el parecer de numerosa jurisprudencia. En ese sentido, efectivamente es abundante la praxis judicial que considera causa de separación la falta de afecto mari-

tal, muchas veces por la dificultad probatoria de la concurrencia de otras causas establecidas en el artículo 82.

Respecto a la reforma que se propone del artículo 86.5, tenemos que decir que la redacción que presenta el Grupo Popular nos parece excesivamente prolija, un tanto farragosa por ser excesivamente casuística, además de restrictiva al exigir en todos los casos sentencia condenatoria en firme y no contemplar los atentados contra la integridad psíquica del cónyuge, ascendientes o descendientes.

Parece, pues, exagerado el requisito de que las causas de divorcio propuestas tengan siempre base delictiva, lo mismo que exigir del cónyuge, normalmente mujer, el padecimiento reiterado habitual de malos tratos. La propuesta del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida nos parece más adecuada por todo lo contrario de lo dicho: propone una fórmula más sencilla y flexible y da cabida a un abanico más amplio de situaciones, en las que se exige una conducta violenta, tanto física como psíquica, como causa para acceder al divorcio.

En cuanto a las reformas que se proponen de los artículos 103 y 104, podemos compartir que el juez o la jueza pueda proponer tal prueba, pues podría coadyuvar en su labor de imponer las medidas más apropiadas, sin embargo, creemos que nunca debe servir para dilatar en el tiempo las medidas a adoptar.

Por tanto, el Bloque Nacionalista Galego va a votar a favor de la toma en consideración de las proposiciones de ley que debatimos porque consideramos que suponen una base de partida para buscar modificaciones legales que ayuden a las víctimas de malos tratos o mejoren la causalidad del divorcio, en la esperanza de que en los trámites parlamentarios posteriores las reformas que resulten de los debates sean favorables y, en definitiva, signifiquen una mejoría para las condiciones de vida de los ciudadanos. Muchas gracias, señor presidente.

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, se-

ñor Vázquez. En nombre del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, tiene la palabra el señor Mardones.

El señor **MARDONES SEVILLA**: Muchas gracias, señor presidente. Coalición Canaria va a votar favorablemente la toma en consideración de estas dos proposiciones de ley, sin entrar en cuestiones puramente formalistas y de procedimiento. La señora Alberdi se refería a que la iniciativa del Grupo Popular no hubiera pasado por la Comisión de subsecretarios; lo que tiene que pasar por la Comisión de subsecretarios son los proyectos de ley del Gobierno; las proposiciones de ley lo que tienen que pasar es el trámite parlamentario de que se tomen en consideración mediante su trámite en ponencia, Comisión y Pleno, en los que se va perfeccionando el texto legal definitivo.

En las dos iniciativas hay un factor común de recurrencia, pese a la disparidad teórica que pueda haber. La iniciativa del Grupo Federal de Izquierda Unida hace referencia a modificaciones en los artículos 82, 86 y 104 del Código Civil; la del Grupo Popular se refiere al artículo 86 y al 103, y coinciden las dos en el 86.5, sencillamente porque se trata de dar salida legal a una situación conyugal insostenible. Esta situación conyugal insostenible es la que da salida no solamente a la habitual de la separación, sino a la divorcio, y creo que ambos presentadores de la iniciativa han dejado esto explícitamente detallado. ¿Que hay insuficiencias textuales, como dice la señora Alberdi? De acuerdo, pero para eso las tomamos en consideración y no es por menospreciar a la Comisión de subsecretarios, pero aquí podemos hacer un trabajo fino, jurídico, legal, para que el texto final recoja lo que es un factor común en este momento de un artículo de fondo que hay que modificar en el Código Civil: que esos malos tratos de uno de los cónyuges conlleve el divorcio en las condiciones que se establezcan, porque se ha roto precisamente ese valor moral que pone en su justificación el Grupo de Izquierda Unida que es la desaparición del afecto entre los cónyuges y después lo que se pueda derivar, también dentro

de ese mismo parámetro que venía regulando una serie de causas para producir bien la separación, pero sobre todo el divorcio, que es el punto 5 del artículo 86 del Código Civil. En ese lugar de encuentro estamos, porque, ¿qué duda cabe de que las matizaciones y doctrinas son variables? La memoria del fiscal general del Estado del pasado año ya señalaba las disparidades de criterio cuando se habla del tipo en los malos tratos familiares, respecto a cuál es el bien jurídico a proteger, si el honor, si la familia, es decir, hay que tener en cuenta todo lo que dice la memoria del fiscal general del Estado, porque el ministerio fiscal va a ser el que haga uso del principio de legalidad en caso de denuncia de malos tratos en el ámbito familiar, vía comisaría de policía o vía juzgado, para que aquellos que se produzcan entre ambos cónyuges puedan terminar en la disolución del vínculo matrimonial e incluso, como apuntan algunas sentencias del Tribunal Supremo, aquellos que afectan a las parejas de hecho, ya que, efectivamente, hay sentencias del Tribunal Supremo sobre la ruptura del vínculo por pérdida del afecto entre los que forman la pareja de hecho que se pueden interpretar en ese sentido.

Por esas razones, señor presidente, porque creo que en el fondo hay que resolver este problema, vamos a votar favorablemente la toma en consideración de ambas iniciativas, y en el trabajo de ponencia y de Comisión el ensamblaje de ideas muy positivas para llevar a buen fin ambas proposiciones de ley coincidirá también con el de Coalición Canaria y con el de otros grupos de la Cámara. Nada más y muchas gracias, señor presidente.

En nombre del Grupo Parlamentario Vasco (EAJPNV), tiene la palabra la señora Uría.

La señora **URIA ECHEVARRIA**: Gracias, señor presidente. Señorías, las iniciativas presentadas tienen su origen en la llamada violencia doméstica, que definitivamente ha salido del ámbito de lo privado y ha pasado a lo público. Ya no sirve aquello de que a nadie importa lo que ocurre entre las cuatro

paredes de un supuesto hogar y se van adoptando iniciativas desde los poderes públicos. Se ha aludido aquí a las sugerencias hechas en su famoso informe por el Defensor del Pueblo, y en la Cámara hemos tomado iniciativas en materia social o en materia educativa por la estima y la dignidad de las personas. Igualmente se está tramitando en este momento en la Cámara una modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y hoy se nos traen dos iniciativas para dar rápida finalización a situaciones que son indeseables. En estos días en que se celebraba un homenaje al célebre fiscal Chamorro, se recordaban sus múltiples aciertos en la aplicación de un derecho apegado a las realidades sociales y se citaba su célebre frase: Una sola bofetada es causa de divorcio. Efectivamente, así debe ser de una forma clara y en la línea de conseguirlo van las iniciativas que hoy se han presentado.

De la de Izquierda Unida nos parece adecuada la introducción en el punto 8 del artículo 82 de la consideración como causa de divorcio o de separación la desaparición del afecto entre los cónyuges. Hay, evidentemente, una línea jurisprudencial ya muy consolidada en este sentido, pero no está nunca de más la mención expresa por si hubiera, señorías, despistados. La modificación del punto 5 del artículo 86 debiera hacerse más en la línea de lo que propone Izquierda Unida que de la del Grupo Parlamentario Popular, puesto que la espera a la sentencia firme puede llevar a situaciones no deseadas, e igualmente debe mencionarse a otros parientes distintos de ascendientes y descendientes; quizá lo correcto sería la cita del término parientes, ya que no se puede olvidar la intervención que en estos conflictos suelen tener, por ejemplo, los hermanos. La inclusión de un nuevo párrafo en el artículo 104 nos parece que debería hacerse en el artículo 103. En todo caso, no se obliga al dictamen psicológico en ningún caso. Creemos que son defectos que podrían corregirse con enmiendas parciales, que es lo que mi grupo piensa hacer si, como en definitiva deseamos, se toman en considera-

ción las iniciativas. Muchas gracias, señor presidente.

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, señora Uría. En nombre del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), tiene la palabra el señor Jané.

El señor **JANE I GUASCH**: Señor presidente, señoras y señores diputados, nuestro grupo parlamentario va a votar favorablemente la toma en consideración de estas dos proposiciones de ley.

Efectivamente, estamos ante el debate de toma en consideración y, en este sentido, a nuestro grupo parlamentario le ha sorprendido que en este debate de toma en consideración se consumiera un turno en contra. ¿Por qué? Porque no estamos ante la votación final de unas proposiciones de ley, no estamos ante el dictamen que nos viene ya de la Comisión y que este Pleno debe aprobar. Estamos en el inicio de dos nuevas propuestas legislativas y el Pleno del Congreso debe ahora fijar su posición sobre si las acepta o no a trámite. En este debate inicial, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) votará a favor de que se tomen en consideración estas dos proposiciones de ley. ¿Por qué votará a favor? Porque las dos proposiciones de ley intentan dar respuesta jurídica a un problema social de malos tratos, ya que cuando se insta la correspondiente separación y divorcio los trámites, los plazos, devienen excesivamente largos y excesivamente penosos, especialmente para la mujer que es víctima de esos malos tratos y a la que un largo proceso judicial tortura todavía más que la separación que de hecho que ya se ha producido en muchas ocasiones.

Estas dos proposiciones de ley intentan aligerar el proceso judicial y que pueda accederse directamente al divorcio sin pasar antes por el proceso de separación. Quizá tiene razón la señora Alberdi cuando dice que técnicamente hay errores en las proposiciones de ley y que al final a lo mejor no consiguen el resultado buscado. Pero es que estamos en la toma en consideración; por tanto, enmendemos estas proposiciones de ley,

hagamos una ponencia conjunta, analicémoslas con sosiego, con calma jurídica, midiendo exactamente las consecuencias de cada uno de los aspectos de las propuestas del articulado, pero no nos neguemos a tomarlas en consideración. En este informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica en la mujer, informe que fue pedido por nuestro grupo parlamentario, por nuestra portavoz en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo, María Mercè Amorós, se reclama una solución jurídica en el ámbito civil. En el ámbito penal también se pedía, y fue nuestro grupo parlamentario quien, hace más de un año, propuso enmiendas al proyecto de ley del Código Penal, enmiendas que ya han sido aprobadas en el Congreso y ahora se encuentran en el Senado.

Por tanto, si lo pide el Defensor del Pueblo, si entre todos decimos que realmente existe esta necesidad de regular y modificar el Código Civil, tomemos en consideración estas proposiciones de ley, démosles oportunidad de dar respuesta jurídica a lo que es una demanda social.

Desgraciadamente, señorías, por muchas reformas jurídicas que hagamos, las leyes no van a atajar el problema de la violencia doméstica, las leyes no son suficientes. Pero si en algo podemos ayudar, como legisladores tenemos la responsabilidad y la necesidad de tomar hoy en consideración estas proposiciones de ley y empezar un trámite de po-

nencia que analice detenidamente las consecuencias jurídicas de su articulado.

Nada más y muchas gracias, señor presidente.

El señor **VICEPRESIDENTE** (Fernández-Miranda y Lozana): Muchas gracias, señor Jané. Vamos a proceder a la votación. (El señor presidente ocupa la Presidencia.)

El señor **PRESIDENTE**: Votación sobre las proposiciones de ley que han presentado los grupos de Izquierda Unida y Popular, la primera de las cuales dice: De modificación del Código Civil en materia del proceso de separación y divorcio cuando tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges. Comienza la votación. (Pausa.)

Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 303; a favor, 177; en contra, 126.

El señor **PRESIDENTE**: Queda aprobada la toma en consideración de la referida proposición de ley.

Votación sobre la iniciativa del Grupo Popular, de reforma del Código Civil en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges. Comienza la votación. (Pausa.)

Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 303; a favor, 179; en contra, 123; abstenciones, una.

El señor **PRESIDENTE**: Queda también aprobada la toma en consideración de la citada proposición de ley.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

*Autor: Luis Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga. Abogado.
Cuadernos de Derecho de Familia. La Ley - Actualidad. Octubre 1998.*

No creo que pueda hablarse de derecho de familia sin mencionar a Luis Zarraluqui, creador, impulsor y actual presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia. Sin duda, todos hemos aprendido algo de él y continuamos haciéndolo, ya que no en vano, sus muchos años de ejercicio profesional dentro del derecho civil y en especial del derecho de familia, le han hecho acreedor de una excepcional experiencia tanto jurídica como humana que, afortunadamente día a día y con renovado entusiasmo, proyecta y comparte con nosotros a través de sus publicaciones, conferencias, clases, tertulias o en el mejor de los casos en alguna sobremesa.

Con “Paternidad y Filiación” inicia la publicación de una serie de *Cuadernos de Derecho de Familia* en los que intenta ofrecer a profesionales y estudiantes una nueva visión de esta importante rama del derecho. Como el mismo señala, para cumplir esta finalidad, se ha buscado una forma abreviada y sinóptica que haga rápida y eficaz la búsqueda de la normativa de aplicación a cada materia, ilustrando la breve referencia con notas a pie de página, en las que se incluyen comentarios del autor y jurisprudencia.

En este *Cuaderno*, se abordan entre otros, el tema de la determinación legal de la filiación, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, haciendo especial hincapié en la práctica de la prueba biológica, y la reproducción asistida. Como anexo, se acompaña el texto legal aplicable, tanto a nivel nacional como autonómico.

En sucesivos *Cuadernos* se irán analizando el resto de las materias que conforman el derecho de familia: vivienda familiar, uniones de hecho, alimentos y cargas familiares, persona, patria potestad, matrimonio, nulidad, separación, divorcio, pensión compensatoria e indemnización, régimen económico matrimonial, etc.

TÍTULO: FAMILIA Y VIOLENCIA: ENFOQUE JURÍDICO.

*Autor: Obra colectiva de Angela Cerrillos Valledor, Adolfo Alonso Carbajar, José Luis Sariego Morillo, Rosario Carracedo Bullido y Begoña González Martín.
Asociación Española de Abogados de Familia. Dykinson, 1999.*

Tradicionalmente la familia y el lugar en el que el grupo familiar habita han pertenecido al ámbito de lo privado y la transgresión de la privacidad ha sido

reprobada socialmente. Sin embargo, aún cuando resulte conveniente que sea mínima la injerencia de la sociedad en cada uno de los núcleos familiares, cuando se trata de violencia familiar, es necesario una intervención urgente y sin límites para proteger a los miembros más desprotegidos.

Resultan escalofriantes las cifras que incluye Angela Cerrillos en su introducción: Según datos obtenidos del Ministerio del Interior procedentes de los archivos de la Guardia Civil y de la Policía Nacional, durante el año 1997, se produjeron más de 24.000 denuncias por malos tratos a mujeres, y lo que es peor, estas denuncias supusieron apenas el 10% de los casos de violencia real ejercida en el seno de la familia.

El trabajo realizado por sus autores, abogados en ejercicio y en primera del campo de batalla de la violencia familiar, nos permite adentrarnos en la cruda realidad.

Angela Cerrillos Valledor, incansable luchadora, con gran realismo y sensibilidad centra el objeto de la obra, poniendo de manifiesto las carencias de la legislación actual y haciendo hincapié en las enseñanzas del gran jurista D. Enrique Ruíz Vadillo.

Adolfo Alonso Carbajar, realiza una reflexión exhaustiva de las raíces de la violencia tanto desde las perspectivas personales y sociales, como judiciales, sustantivas y procesales, dedicando un último apartado a un ejemplo especial de violencia doméstica: el secuestro o traslado ilícito de menores.

José Luis Sariego Morillo comenta las carencias de los abogados ante una situación de violencia doméstica, recomendando unas pautas de actuación, tanto desde el ámbito penal como civil.

Carmen Pujol Algans profundiza en las raíces de la violencia doméstica y apunta una serie de estrategias para erradicarla.

Rosario Carracedo Bullido realiza un perfecto análisis sobre los malos tratos como integrantes del tipo penal, mostrándose muy crítica con la respuesta que el legislador punitivo ha dado al tema.

Por último, Begoña González Martín centra su estudio en la falta de lesiones y malos tratos, tanto físicos como psíquicos, profundizando en el aspecto procesal del juicio.

En la obra se incluyen como anexos el informe sobre modificaciones legislativas necesarias para evitar la existencia de malos tratos en el ámbito familiar, emitido por el Consejo General del Poder Judicial y por otro lado, la memoria elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado.

TÍTULO: EL MATRIMONIO Y LAS FAMILIAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

*Autor: José María Espinar Vicente.
Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alcalá de Henares. Civitas. 1996.*

El Derecho de familia constituye un sector del Ordenamiento donde la evolución de las concepciones de la sociedad civil y del propio Sistema jurídico han experimentado los más notables cambios en los últimos cuatro lustros. Su autor, Catedrático de Derecho internacional privado, convencido de que asistimos a un nuevo paso en la transformación de las coordenadas que inspiran la regulación de estas relaciones, entiende que “hoy el modelo de familia se encuentra en una agonía en la que pugnan dos fuerzas que es preciso coordinar equilibradamente: el mantenimiento de las concepciones tradicionales a ultranza y el intento por introducir en su ámbito de regulación cuestiones que son ajenas a su esfera de ordenación. Se trata de avanzar, sin escatimar los derechos a los que aspiran legítimamente ciertos colectivos, sin olvidar la transcendencia social de la institución y por ende el interés social de su control y sin dar la espalda a las nuevas realidades, pero sin incurrir en frivolidades a las que la buena intención de sus autores no siempre consigue salvar”.

El Derecho internacional privado por incluir entre sus funciones la coordinación de sistemas muy diferentes constituye una excelente atalaya para describir el horizonte de lo que llegará a ser un modelo europeo de familia, depurado en el futuro de exigencias coyunturales y construido sobre los parámetros de una racionalidad asentada en el pluralismo de experiencias.

En esta obra el profesor Espinar Vicente analiza la más reciente normativa en la materia, tratando de encontrar una línea de interpretación global que permita adecuar a las exigencias de la realidad social actual, una narrativa que se caracteriza por una excelente voluntad legislativa, no siempre acompañada del acierto técnico en su formulación.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

GRANADA

Durante los días 5 y 6 de marzo tuvieron lugar en el Palacio de Congresos y Exposiciones de Granada las “II Jornadas sobre Derecho de familia”, organizadas por Enfoque XXI, con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, en las que se desarrollaron los siguientes temas:

Oposición a las resoluciones de la administración en materia de adopción y acogimiento de menores: D.^a Marisa Palay Vallespinos. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Los menores víctimas de delitos. Problemática de los malos tratos y abusos sexuales: D. Jesús Fernández Entralgo. Presidente de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Uniones de hecho. Los hijos ante la ruptura. Aspectos económicos: D. Pascual Ortuño Muñoz. Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los derechos del menor en el incumplimiento del ejercicio de la patria potestad y del régimen de visitas. El secuestro internacional: D.^a Pilar González Vicente. Magistrada del Juzgado de Familia n.º 29 de Madrid.

Análisis de las modificaciones previstas en el proyecto de LEC: D. Manuel Serra Domínguez. Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona.

MADRID

Durante los días 16 y 17 de abril de 1999 tendrá lugar el VII Encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia que en esta ocasión estará dedicado a las “Disyuntivas procesales en los pleitos matrimoniales de separación y de divorcio”.

La apertura correrá a cargo del Excmo. Sr. D. Rafael Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Constitucional y las ponencias serán las siguientes:

Primera ponencia: *La ejecución de sentencia y el proceso incidental: dos vías para la modificación de efectos por cambio de circunstancias (art. 91 CC).* Presidente de mesa Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete, Magistrado Sala 1.^a Tribunal Supremo. Ponentes: Ilma. Sra. D.^a Mercedes Caso Señal, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 (Familia) de Barcelona y D. Gonzalo Pueyo Puente, Abogado del Ilustre Colegio del Señorío de Vizcaya.

Segunda ponencia: *¿Ejecución provisional o mantenimiento de medidas provisionales, en cuanto a los pronunciamientos colaterales de sentencias apeladas en ambos efectos? (Art. 385 LEC).* Presidente de Mesa: Ilmo. Sr. D. Antonio García Paredes, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid. Ponentes: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado n.º 5 de Familia de Málaga. D. Alfonso Ramón Cano Soubrier, Abogado del Ilustre Colegio de Murcia.

Tercera ponencia: *Intervención de terceras personas (físicas o jurídicas) en pleitos matrimoniales: legitimación activa u otra modalidad de injerencia (Arts. 103.1.^a, 93.2, art. 101.2 CC).* Presidente de Mesa: Ilma. Sra. D.^a María Victoria de Cáceres y Cassillas, Directora General del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ponentes: Ilmo. Sr. D. Nicolás Poveda Peña, Magistrado, Juzgado de Instrucción n.º 3 de Almería. D.^a María Susana Moya Medina, Abogada del Ilustre Colegio de Madrid.

Cuarta ponencia: *El Convenio europeo sobre la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial.* Presidente de Mesa: Excmo. Sr. Don Román García Varela, Magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ponentes: D.^a Paloma Abarca Junco, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. Ilma. Sra. D.^a Alegría Borrás Rodríguez, Catedrática de D.^o Internacional Privado, Universidad de Barcelona.

Quinta ponencia: *La liquidación de la sociedad de gananciales: ¿Ejecución de sentencia, juicio de testamentaría o declarativo? (Arts. 91 CC; Arts. 1054 y ss. LEC).* Presidente de Mesa: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez, Magistrada sección 22.^a de Familia, Audiencia Provincial, Madrid. Ponentes: D. Angel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. D. José Antonio Ferrer Sama, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

Después de tradicional foro abierto, clausurarán las jornadas el Excmo. Sr. Luis Martí Mingarro, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y el Exmo. Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Presidente de la Asociación.

BADAJOS

Durante los próximos días 29 y 30 de Abril tendrán lugar en el salón de actos del Colegio unas jornadas de derecho de familia organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz. El programa es el siguiente:

Los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez Aparicio, Magistrado-Juez del juzgado de 1.^ª Instancia n.º 4 de Badajoz.

Especial incidencia en los procedimientos matrimoniales de hijos mayores de edad: D. José Luis Galache Cortes. Abogado.

Problemas fiscales de la disensión conyugal: D. Alfonso Polo Soriano. Abogado.

Negocios directos e indirectos entre cónyuges. Negocios de Familia y convenio regulador: D. José Luis Cembrano Reder. Abogado.

Disolución de la sociedad de gananciales y de la comunidad postganancial: D. Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga. Abogado. Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Ejecución de las resoluciones matrimoniales: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 5 de Málaga (Familia).