

PRESENTACIÓN

Hace unos días, una letrada me contaba cómo se quedó atónita y sorprendida —por utilizar adjetivos amables— cuando recibió una sentencia de apelación en la que, revocando la dictada por el juzgado que no fijó pensión, condenaba a su cliente al pago de una pensión compensatoria de 50.000 ptas. sin establecer limitación temporal alguna. La especialidad del caso estaba en que el matrimonio no había durado más de cuatro años, no existían hijos, la esposa tenía menos de 30 años y tras la separación se había reincorporado al mundo laboral en un puesto de trabajo similar al que realizaba antes de contraer matrimonio.

Me hablaba que una cosa era la discrecionalidad que las normas jurídicas conceden a los órganos judiciales y otra muy distinta la arbitrariedad en su aplicación y por tanto defendía la tesis de que esta pensión compensatoria no estaba justificada, máxime cuando no se ha fijado limitación temporal alguna, por lo que su modificación o extinción pasa por los supuestos establecidos en los artículos 100 y 101 del Código Civil.

Si ese matrimonio hubiese durado veinticinco años, hubiese existido descendencia y la esposa sólo se hubiese dedicado a atender a la familia, seguro que esa letrada no estaría atónita o sorprendida con la resolución judicial que fija la pensión compensatoria, quizás podría discutir la cuantía atendiendo a los ingresos del esposo, pero nunca su procedencia.

¿Hasta cuándo tendrá que estar pagando la pensión compensatoria de 50.000 ptas. esta persona? Habida cuenta que la Audiencia al fijar la pensión tuvo presente que la esposa se encontraba trabajando y que los incrementos normales de su sueldo no van a ser motivo para interponer una demanda de modificación de medidas (al no ser sustanciales) habrá que esperar bien a que conviva maritalmente con otra persona, o bien a que empeore la situación económica del cónyuge que tiene que abonar la pensión, pero claro, si no suceden ninguno de estos dos eventos, la pensión compensatoria se convierte en vitalicia.

Si le contamos el caso a alguna persona que no sea jurista, rápidamente nos dirá que no es posible que por estar casado cuatro años se

imponga esa pena pecuniaria a uno de los cónyuges. El sentido común nos indica que algo no funciona correctamente en este caso. Todos estamos de acuerdo en la necesidad de que existan pensiones de solidaridad post-matrimonial que, tras la sentencia de separación, divorcio o nulidad, ayuden al cónyuge desfavorecido a “*salir adelante económicamente*”. Cuando el matrimonio ha durado bastante tiempo y era uno solo de los cónyuges el que obtenía ingresos, será muy difícil que, tras la separación, el otro pueda mantenerse sin ningún tipo de ayuda económica y por tanto esa solidaridad post-matrimonial debe prolongarse hasta que cambie la situación económica o aparezca en escena una tercera persona que asuma esa obligación. Sin embargo cuando el matrimonio ha durado poco tiempo no parece lógico que esa solidaridad se extienda *sine die* y por tanto lo correcto será conceder esa ayuda o pensión por un cierto tiempo.

¿Qué parámetros debemos utilizar para fijar esa limitación temporal cuando la convivencia no se ha prolongado excesivamente en el tiempo? Lo determinante será la existencia o no de hijos en el matrimonio, puesto que si el cónyuge beneficiario de la pensión tiene atribuida la guarda y custodia de los hijos, es una realidad que la dedicación a ellos va a condicionar su desarrollo personal y profesional —no es necesario explicar a nadie los problemas de una chica con hijos de corta edad para acceder a un puesto de trabajo— y por ello, parece necesario que la pensión se prolongue durante un cierto tiempo, al menos hasta que los hijos cuenten con doce o catorce años. Ahora bien, cuando no existen hijos, debemos coincidir que la pensión no puede extenderse durante mucho tiempo y sería práctico establecer un criterio objetivo para determinar su temporalidad. Resultaría realmente fácil establecer la limitación dependiendo de los años que hubiese durado el matrimonio, así por ejemplo —siguiendo cierta práctica anglosajona— la pensión compensatoria se establecería con una duración de la mitad del tiempo por el que se haya prolongado la convivencia. Aplicando esta regla al caso que comentamos, la pensión compensatoria de 50.000 ptas. se establecería durante dos años ya que el matrimonio duró cuatro. Si volvemos a encontrarnos con esa persona que no tenía conocimientos jurídicos a la que antes le comentamos el tema, y ahora le decimos que por cuatro años de matrimonio, uno de los cónyuges debe pagar al otro una pensión compensatoria durante dos años, seguro que no muestra extrañeza alguna.

Antonio Javier Pérez Martín

INDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. *Rafael Rodríguez Chacón* 21
- Regulación jurídica de la esterilización de personas incapacitadas. *M.^a Angeles Moreno Ballesteros* 67

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 109
- I. Emplazamiento por edictos (*S. de 30 de junio de 1998*) 109
- II. Impago de pensiones alimenticias de hijos extramatrimoniales (*S. de 18 de marzo de 1998*) 112
- III. Pensiones de viudedad en las uniones de hecho (*S. de 17 de febrero de 1998*) 119
- IV. Condena a un menor por comisión de una falta (*S. de 17 de marzo de 1998*) 122

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	125
I. Uniones de hecho	125
1. Atribución de la guarda y custodia (<i>S. de 27 de enero de 1998</i>)	125
2. Atribución temporal del uso y disfrute de la vivienda a la conviviente (<i>S. de 10 de marzo de 1998</i>)	126
3. Consecuencias patrimoniales del cese de la convivencia. Efectos de la manifestación falsa de estar casado con persona con la que se convive en escritura de compraventa de vivienda (<i>S. de 27 de mayo de 1998</i>)	129
II. Filiación	132
1. Reconocimiento de filiación	132
1.1. Reconocimiento de un hijo mayor de edad. No equivale a consentimiento tácito el haber ejercitado una acción reclamando los derechos sucesorios (<i>S. de 15 de octubre de 1997</i>)	132
2. Reclamación de paternidad	135
2.1. Valoración de la negativa a someterse a la prueba biológica (<i>S. de 23 de enero de 1998</i>)	135
2.2. Investigación de la paternidad. Inexistencia de negativa a someterse a la prueba de paternidad (<i>S. de 28 de febrero de 1998</i>)	139
2.3. Reclamación de paternidad. Declaración en base a prueba indiciaria (<i>S. de 13 de marzo de 1998</i>) ...	141
2.4. Reclamación e impugnación de paternidad. Legitimación del padre biológico no matrimonial para solicitar el reconocimiento de la filiación y la impugnación de la que consta en el registro (<i>S. de 14 de abril de 1998</i>)	143

	Página
3. Impugnación de paternidad	145
3.1. Reclamación e impugnación de paternidad. Legitima- ción del progenitor no matrimonial sin posesión de es- tado (<i>S. de 30 de marzo de 1998</i>)	145
III. Regímenes económicos matrimoniales	148
1. Disposición de bienes	148
1.1. Régimen económico de comunidad de bienes (Alema- nia). Acción de nulidad de contrato de compraventa por falta de intervención de uno de los cónyuges (<i>S. de</i> <i>27 de febrero de 1998</i>)	148
2. Responsabilidad por deudas privativas y gananciales ...	151
2.1. Responsabilidad por deudas de uno sólo de los cónyu- ges (<i>S. de 7 de noviembre de 1997</i>)	151
2.2. Responsabilidad por deudas de uno de los cónyuges (<i>S. de 23 de febrero de 1998</i>)	155
3. Cambio de régimen económico matrimonial	156
3.1. Cambio de régimen económico matrimonial. La ins- cripción de las capitulaciones matrimoniales en el Re- gistro Civil es requisito esencial (<i>S. de 10 de marzo de</i> <i>1998</i>)	156
4. Liquidación de la sociedad de gananciales	159
4.1. Plazo para solicitar la liquidación. Integración del ac- tivo de la sociedad (<i>S. de 2 de diciembre de 1997</i>) ..	159
4.2. Liquidación de gananciales. Intervención de terceros. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario (<i>S. de</i> <i>30 de octubre de 1997</i>)	161
4.3. Carácter ganancial o privativo de las cuentas corrien- tes. Derecho de reintegro. Presunción de gananciali- dad (<i>S. de 29 de septiembre de 1997</i>)	163

	Página
4.4. Calificación de bienes: Eficacia jurídica del convenio regulador de separación suscrito por los cónyuges en documento privado y no aprobado judicialmente (<i>S. de 27 de enero de 1998</i>)	166
4.5. Liquidación de gananciales. Atribución en propiedad al esposo del inmueble indivisible y compensación económica a la esposa (<i>S. de 16 de febrero de 1998</i>).	169
4.6. Liquidación de gananciales. Carácter mixto del inmueble adquirido antes de contraer matrimonio y abonado en parte constante el mismo (<i>S. de 9 de marzo de 1998</i>)	172
4.7. Liquidación de gananciales. Atribución de uso de la vivienda familiar (<i>S. de 23 de enero de 1998</i>)	175
V. Patria Potestad	177
1. Privación de la patria potestad al padre incumplidor de sus deberes (<i>S. de 5 de marzo de 1998</i>)	177
VI. Incapacidad	179
1. Incapacidad. Constitución (<i>S. de 19 de mayo de 1998</i>)	179
VII. Sucesiones	182
1. Improcedencia de la impugnación por parte de los hijos de los actos dispositivos de los padres mientras no hayan fallecido éstos (<i>S. de 24 de enero de 1998</i>)	182
AUDIENCIAS PROVINCIALES	185
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	185
1. Separación	185
1.1. De las alegaciones efectuadas por las partes en sus escritos se deduce la pérdida de afecto entre los esposos por lo que no se estima preciso incidir en las causas alegadas por los cónyuges. <i>AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, S. de 13 de enero de 1998</i>	185

	Página
2. Divorcio	186
2.1. Para estimar la causa de divorcio del art. 86.1 del CC no es obstáculo que la demanda de separación no se admitiera al faltar la ratificación de uno de los cónyuges. <i>AP LA CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 7 de abril de 1998</i>	186
3. Nulidad	187
3.1. Procede declarar la nulidad matrimonial por error en las cualidades personales del cónyuge, cuando la finalidad que perseguía éste era evitar su expulsión administrativa al tener nacionalidad argelina. <i>AP ALAVA, Sec. 1.ª, S. de 26 de enero de 1998</i>	187
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas ..	188
1. Patria Potestad	188
1.1. Procede la privación de la patria potestad y la supresión del régimen de visitas cuando queda acreditado que el padre no ha abonado la pensión alimenticia establecida y ha tenido una escasa relación con la hija. <i>AP BADAJOZ, Sec. 2.ª, S. de 8 de enero de 1998</i> ..	188
1.2. La privación de la patria potestad no puede acordarse exclusivamente por la circunstancia de que el progenitor haya sido condenado en vía penal por impago de pensiones. El art. 170 del CC no puede aplicarse por los tribunales de forma automática o mecánica. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 21 de enero de 1998</i> ...	189
2. Guarda y custodia	190
2.1. No procede modificar la atribución de la guarda y custodia a la madre, ya que el padre no ha acreditado que la estabilidad de las menores junto a la madre presentara algún tipo de riesgo, o que las mismas se hubieran visto sometidas a situaciones de carencias efectivas o materiales graves. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de enero de 1998</i>	190

	Página
2.2. Procede modificar la guarda y custodia de las hijas menores en favor del padre, cuando éstas han expresado de forma firme y persistente su deseo a dicho cambio y por otro lado no existen motivos para considerar que el mismo pueda ser perjudicial para las hijas. <i>AP HUESCA, S. de 13 de febrero de 1998</i>	191
3. Régimen de visitas	192
3.1. 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. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 12 de enero de 1998</i>	192
3.2. No procede ampliar el régimen de visitas por cambio de residencia del progenitor custodio cuando este cambio ya está previsto en el convenio regulador. <i>AP TERUEL, S. de 17 de diciembre de 1997</i>	193
3.3. No existiendo ningún obstáculo para ello, procede fijar un régimen de visitas para la abuela paterna, si bien su extensión no puede ser similar a la que se concede a los progenitores en los procedimientos matrimoniales. <i>AP TENERIFE, Sec. 3.ª, S. de 17 de enero de 1998.</i>	194
III. Vivienda familiar	195
1. Si existen hijos menores no puede limitarse temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 6 de febrero de 1998</i>	195
2. No procede atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo y al progenitor custodio si no la venían ocupando y tenían su domicilio en otra ciudad. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de diciembre de 1997</i>	195
3. Existiendo hijos menores de edad, no puede fijarse como límite temporal la fecha en que se liquide la sociedad de gananciales. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de enero de 1998</i>	196
4. La circunstancia de que la esposa tenga concedido el uso y disfrute de la vivienda no impide que la Comunidad de propietarios pueda reclamar al esposo las cuotas impagadas. <i>AP SALAMANCA, Sec. 1.ª, S. de 12 de mayo de 1998</i>	197

	Página
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	197
1. La negativa de la hija mayor de edad a relacionarse con el padre, es incompatible con la exigencia al mismo de la obligación de alimentos con mayor extensión que los determinados en sentido estricto por la ley. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 12 de enero de 1998</i>	197
2. No procede fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad. <i>AP GUADALAJARA, S. de 20 de noviembre de 1997</i>	198
3. La pensión del hijo mayor de edad no puede ser el equivalente a una parte alícuota o proporcional del patrimonio del padre, sino únicamente lo necesario e indispensable para comer, vestirse, cobijarse y estudiar. <i>AP SANTANDER, Sec. 1.ª, S. de 12 de noviembre de 1997</i>	199
4. La pérdida de los ingresos que obtenía el hijo mayor de edad por su colaboración en un periódico es causa para aumentar la cuantía de la pensión alimenticia. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, S. de 28 de abril de 1998</i>	199
5. No procede extinguir ni reducir la pensión alimenticia de la hija mayor de edad por el hecho de que obtenga ingresos esporádicos como monitora de esquí ni porque pase temporadas en el extranjero efectuando prácticas de sus estudios universitarios. <i>AP HUESCA, S. de 28 de enero de 1998</i> ..	200
V. Pensión compensatoria	201
1. No procede fijar “ex novo” una pensión compensatoria en un procedimiento de modificación de medidas. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 2 de enero de 1998</i>	201
2. La valoración del desequilibrio económico debe hacerse en el momento de la ruptura. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 2 de enero de 1998</i>	201
3. No procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa al haber renunciado ésta a la misma en un convenio extrajudicial en el que, aunque no aprobado judicialmente, concurre el consentimiento, objeto y causa, y, sin motivo o causa de invalidez aducida por los suscribientes. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 8 de enero de 1998</i>	202

	Página
4. Salvo supuestos singulares y excepcionales no puede fijarse una limitación temporal a la pensión compensatoria. <i>AP SANTANDER, Sec. 3.ª, S. de 19 de noviembre de 1997</i> .	203
5. Para que la convivencia con otra persona sea causa de extinción de la pensión compensatoria se exige la habitualidad en la misma y que en la práctica venga a generar una posición de estado familiar “de facto”. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 10 de febrero de 1998</i>	204
6. Desprendiéndose de la prueba practicada que, aunque oficialmente el obligado al pago de la pensión se encuentra desempleado, controla diversas empresas que están a nombre de terceras personas, no procede la extinción de la misma, sino únicamente su modificación. <i>AP ALMERIA, Sec. 1.ª, S. de 7 de febrero de 1998</i>	205
VI. Cuestiones procesales	206
1. El tutor no tiene facultades para presentar una demanda de separación matrimonial en nombre de la incapaz. <i>AP ASTURIAS, Sec. 2.ª, S. de 23 de febrero de 1998</i>	206
2. Cuando la incapacidad es total y absoluta el tutor tiene facultades para solicitar la separación de la tutelada. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 4 de febrero de 1998</i>	207
3. Cuando uno de los cónyuges se encuentra internado en un establecimiento psiquiátrico y no se persona en autos, su defensa corresponde al Ministerio Fiscal sin que existan intereses contrapuestos con los del hijo y sin que sea obstáculo la circunstancia de que aún no se haya dictado sentencia de incapacidad. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 3 de febrero de 1998</i> .	208
4. Procede declarar la nulidad del emplazamiento del demandado practicado en el domicilio familiar cuando éste ya lo había abandonado. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 2 de enero de 1998</i>	209
5. Procede condenar en costas a la demandada reconviniente al no estimarse sus pretensiones sin que sea obstáculo para ello que el actor reconvenido no hubiese pedido condena en costas. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de enero de 1998</i>	209

	Página
6. Las causas de modificación alegadas “ex novo” en la vista del recurso de apelación, es un hecho nuevo que podrá dar lugar a la oportuna acción modificatoria, pero no puede tenerse en cuenta para resolver el recurso. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 12 de enero de 1998</i>	210
7. A pesar de que no haya intervenido el Ministerio Fiscal en el procedimiento, no procede declarar la nulidad al no haberse producido indefensión alguna respecto del menor cuyos intereses corresponde defender al Ministerio Público. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 13 de enero de 1998</i>	210
8. Para inadmitir la demanda consensual no basta la mera incomparecencia de uno de los cónyuges, debiendo realizar el órgano judicial las mínimas indagaciones sobre la causa de tal conducta. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 27 de marzo de 1998</i>	212
9. El auto acordando el cambio de procedimiento de contencioso a consensual no puede dictarse hasta tanto se hayan ratificado los cónyuges en dicha petición. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 27 de marzo de 1998</i>	213
10. No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario si en el procedimiento de modificación de medidas no son demandados los hijos mayores de edad. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 6 de marzo de 1998</i>	214
VII. Ejecución de sentencias	214
1. Todo pago que se realice por el deudor de la pensión y que no consista en el ingreso en la c/c del otro cónyuge, no producirá efectos liberatorios y sólo tendrá la consideración de mera liberalidad o de gasto extraordinario. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, A. de 28 de enero de 1998</i>	214
2. La acción para reclamar pensiones atrasadas y sus correspondientes actualizaciones prescribe a los cinco años (Art. 1966,1.º del CC). <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, A. de 28 de enero de 1998</i>	215
3. Para la determinación de las dependencias que constituyen la vivienda familiar en caso de cesión por parte de los padres de uno de los cónyuges, debe estarse precisamente a lo que fue objeto de cesión en aquel momento relacionándolo con los hechos posteriores de las partes. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, A. de 7 de enero de 1998</i>	216

	Página
4. Cuando en el convenio regulador se pacta el pago de cantidades ilíquidas (agua, gas, teléfono, mantenimiento, impuesto, etc.) solo puede seguirse la ejecución por las cantidades cuyos pagos se hayan acreditado, sin que proceda hacer ningún pronunciamiento en concepto de previsiones de futuro. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, A. de 2 de enero de 1998</i>	217
5. El juzgado que dictó la sentencia matrimonial aprobando el convenio regulador, es competente para conocer de la ejecución de todos los pactos que se contienen en el mismo y que, tras su aprobación se incorporaron a la sentencia. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 19 de diciembre de 1997</i>	219
6. Procede actualizar la pensión conforme al I.P.C., en aquellos supuestos en que, por mera omisión, no se ha establecido criterio alguno de actualización, así como en aquellos otros en que el obligado al pago pasa a una situación de economía no controlable externamente. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 13 de marzo de 1998</i>	221
7. La circunstancia de que uno de los hijos pase a convivir con el padre no exonera a este último de abonar la pensión del otro hijo que permanece con la madre. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 20 de febrero de 1998</i>	222
8. Aun cuando en el convenio regulador se haya previsto que los gastos de enseñanza son a cargo del padre, cuando el hijo es mayor de edad será necesario que el padre preste previamente el consentimiento. <i>AP NAVARRA, Sec. 1.ª, A. de 15 de enero de 1998</i>	223
VIII. Régimen económico-matrimonial	224
1. Los gastos de ocupación de la vivienda familiar están incluidos dentro del concepto cargas del matrimonio, y por tanto, si la esposa no hizo efectivo este pago, no existe ningún obstáculo para que el esposo directamente abone dichos gastos y detraiga su importe de la mensualidad corriente. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, A. de 18 de diciembre de 1997</i>	224
2. Si no se respetan los trámites de la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge no deudor pierde el beneficio de inventario respondiendo solidariamente, con todos sus bienes (ultra vires) de todas las deudas de la sociedad de gananciales. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 5 de febrero de 1998</i>	224

	Página
3. La cartera de clientes de agente de seguros formada durante la vigencia de la sociedad conyugal tiene carácter ganancial. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 11 de febrero de 1998</i> .	226
4. Hasta que se liquide la sociedad de gananciales, ambos cónyuges deben contribuir por mitad a los gastos de mantenimiento y conservación de los bienes gananciales, salvo los que se originen por el uso y disfrute de la vivienda familiar que estarán a cargo del cónyuge usuario. <i>AP MALAGA, Sec. 6.ª, S. de 17 de marzo de 1998</i>	227
IX. Procedimientos de menores	227
1. No existe ningún obstáculo para que pueda constituirse la tutela de unos menores previamente declarados en desamparo por vía ordinaria en expediente de jurisdicción voluntaria. <i>AP GERONA, Sec.2.ª, A. de 28 de enero de 1998</i>	227
2. Si la convivencia del adoptante con el adoptando se inició después de que este alcanzase la mayoría de edad no puede constituirse en ningún caso la adopción. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 13 de enero de 1998</i>	228
3. Corresponde al juez valorar la forma en que deben intervenir los padres biológicos en el expediente de adopción. No es necesario abrir el incidente del art. 1.827 de la LEC cuando el padre, citado solo para audiencia, no lo solicita. <i>AP BARCELONA, Sec. 1.ª, A. de 9 de febrero de 1998</i>	229
4. La falta de contacto entre la madre biológica y su letrado constituye una palmaria manifestación de la incapacidad de dicha progenitora. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 27 de marzo de 1998</i>	230
X. Filiación	231
1. La exigencia de aportación de un principio de prueba con la demanda de filiación no trata de restringir el principio constitucional y legal de libre investigación de la verdadera filiación. Dicho requisito se cumple con la aportación de un acta de notoriedad de la madre biológica. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 4 de febrero de 1998</i>	231
2. Procede denegar la solicitud formulada por la hija de cambio del apellido paterno que consta en el Registro Civil por el apellido actual del esposo de la madre. <i>AP GERONA, Sec. 2.ª, S. de 21 de julio de 1998</i>	231

	Página
XI. Uniones de hecho	232
1. El hecho de que uno de los cónyuges durante la convivencia “more uxorio” haya construido una vivienda sobre una parcela de su propiedad no supone que deba aplicarse a tal construcción el régimen económico de gananciales. <i>AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 26 de enero de 1998</i>	232
2. Cabe deducir que los convivientes mantuvieron voluntariamente un régimen de comunidad ordinaria de bienes cuando existieron cuentas corrientes indistintas donde ingresaban el producto de su trabajo y posteriormente sus respectivas pensiones de jubilación. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 18 de febrero de 1998</i>	233
XII. Eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas	235
1. Hasta tanto no se otorgue eficacia civil a la sentencia de nulidad eclesiástica no puede producir efectos dentro del procedimiento matrimonial. <i>AP TARRAGONA, Sec. 3.ª, S. de 10 de febrero de 1998</i>	235
XIII. Temas penales	236
1. Admitido por el denunciado que ha venido realizando trabajos esporádicos o inestables procede su condena por el delito de abandono de familia, sin que sea obstáculo para ello la circunstancia de que conviva con una tercera persona y haya tenido nueva descendencia. <i>AP VALENCIA, Sec. 1.ª, S. de 23 de octubre de 1997</i>	236
2. La alegación de imposibilidad en el pago de la pensión hay que acreditarla y debe llevar aparejada la presentación de una demanda de modificación de medidas. <i>AP MADRID, Sec. 5.ª, S. de 13 de octubre de 1997</i>	238
3. A pesar de haberse acreditado que el acusado figura como titular de un camión con el que se venía explotando su empresa de transportes, al constar en la documentación fiscal aportada que dicha empresa carece de ingresos, no procede condenar al demandado en base a esta única prueba indiciaria. <i>AP LA CORUÑA, Sec. 2.ª, S. de 10 de octubre de 1997</i>	239

	Página
4. Procede condenar por el delito de abandono de menores a los padres que no se ocupaban de dar alimentos ni atender convenientemente a su hija de 5 años. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 5.^a, S. de 6 de marzo de 1998</i>	240
5. La imposibilidad de pago alegada por el condenado no resulta probada, puesto que no constando que sufra limitación física o psíquica alguna para desempeñar algún trabajo remunerado tampoco ha acreditado que lo hubiese buscado sin éxito. <i>AP LERIDA, Sec. 2.^a, S. de 4 de junio de 1998</i> .	241

DERECHO COMPARADO

— El divorcio en Gran Bretaña. <i>Antonio Aparicio Hackett</i>	245
— El divorcio en la República de Irlanda (EIRE). <i>Antonio Aparicio Hackett</i>	261

TRIBUNA ABIERTA

— ¿Pueden los jueces adoptar medidas que obliguen al progenitor custodio a trasladar al menor al domicilio del progenitor no custodio para que se realice la visita?	273
— Los jueces y tribunales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 117.3. ^o de la Constitución deben juzgar y ejecutar lo juzgado.	276

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil	283
---	-----

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

— Publicaciones y Noticias	297
----------------------------------	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA EXTINCION DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

RAFAEL RODRIGUEZ CHACON

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. Abogado

SUMARIO

- I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES**
- II. CUESTION PREVIA: LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ATRIBUIDO JUDICIALMENTE A UNO DE LOS CONYUGES EN PROCESO MATRIMONIAL**
 - A. La cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia.
 - B. Propuesta personal.
 - C. El caso de la vivienda familiar ocupada en régimen de alquiler.
- III. EXAMEN PARTICULARIZADO DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE EXTINCION DEL DERECHO DE USO Y SUS EFECTOS**
 - A. La extinción por cumplimiento del plazo, las condiciones o los límites de la atribución.
 - B. La extinción por cambio de las circunstancias.
 - a) *Cambio de circunstancias en los hijos.*
 - b) *Ulterior matrimonio del usuario o convivencia marital con tercero.*
 - c) *Otras situaciones que impliquen variación sustancial de las circunstancias.*

- C. La extinción por desaparición del objeto.
 - D. La posible extinción por liquidación del régimen económico o de la comunidad de bienes existente entre los cónyuges.
 - a) *El principio básico de que la liquidación del régimen económico o la división de la cosa común no extinguen, por sí mismas, el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente.*
 - b) *Los supuestos en los que la liquidación del régimen económico sí supone la extinción del derecho de uso.*
 - 1. La liquidación como límite impuesto al derecho de uso en la propia sentencia.
 - 2. La posible adjudicación de los derechos sobre la vivienda en pago del haber que corresponde al usuario.
 - 3. Compensación procedente en caso de extinción del derecho de uso por adjudicación de la vivienda en la liquidación.
 - E. La extinción del derecho de uso por otras causas:
 - a) *La renuncia del beneficiario.*
 - b) *La muerte del usuario.*
 - c) *La muerte del titular del derecho base sobre la vivienda.*
 - 1. Fallecimiento del titular propietario.
 - 2. Fallecimiento del titular de un derecho real restringido sobre la vivienda.
 - 3. Fallecimiento del titular arrendatario.
 - 4. Fallecimiento del titular de la vivienda cuyo derecho de ocupación derivaba de otros títulos.
 - F. La falta de comunicación al propietario de la atribución al no titular del uso de la vivienda familiar en alquiler ¿es causa de extinción del arrendamiento?
-

I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

El tema que aquí pretende desarrollarse es una materia extraordinariamente sugerente pero, al mismo tiempo escurridiza y compleja. En efecto, mientras el artículo 96 del C.C. suministra algunos criterios para la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en el marco de un proceso matrimonial⁽¹⁾, no concreta en cambio cuáles sean los casos o motivos de extinción de tal derecho de uso ni cuáles las consecuencias de ese cese, como hacen, por ejemplo, los arts. 100 y 101 con respecto a la pensión compensatoria del art. 97. En lo que conozco, el concreto tema de la extinción del derecho de uso, con contadas excepciones⁽²⁾, tampoco ha merecido una extensa atención de la doctrina⁽³⁾.

Semejante parquedad legislativa y doctrinal no están en consonancia con la importancia del tema, pues en este sector son numerosísimos los problemas que se presentan en el quehacer diario de los procesos matrimoniales. Pero hay que contar con este *handicap*: obliga a verificar un más intenso esfuerzo hermenéutico en esta sede; pero también obliga, si se procede con prudencia, a advertir desde el principio que las conclusiones por las que se incline el intérprete habrán de tomarse con un suplemento de reserva.

A la hora de organizar la exposición, antes de examinar en concreto los distintos supuestos que se presentan, parece necesario referirse a lo que parece una cuestión previa: si vamos a tratar de cuáles son los supuestos y los motivos de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar que ha sido atribuido judicialmente en un proceso matrimonial, en buena lógica tendríamos que arrancar del punto de partida de determinar cuál sea la naturaleza jurídica de ese

(1) Criterios cuyo enunciado ciertamente no es, en algunos casos, un modelo de precisión o de técnica legislativa mínimamente correcta. Así, en concreto, no es de recibo que el párrafo segundo del artículo en cuestión diga que “cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno (de los cónyuges) y los restantes en la del otro, el Juez *resolverá lo procedente*”; ¡sólo faltaría que, en ese supuesto, *resolviera lo improcedente*!

(2) Aunque el tema se aborda desde la perspectiva de la variación de las medidas judiciales por hechos posteriores, es obligado citar aquí el completo trabajo de F.J. FERNANDEZ URZAINQUI “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, en el volumen colectivo *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona 1986, págs. 257 y ss. También desde esa perspectiva, A.J. PEREZ MARTIN dedica un capítulo de su libro *Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas*, Valladolid 1996, págs. 755 y ss. Más sucintamente F. ELORRIAGA DE BONIS, con cuidada sistemática, en *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona 1995, págs. 558 y ss.

(3) Por poner un ejemplo reciente, en un importante volumen de 1107 páginas que con el título *Los procesos matrimoniales* no hace mucho han publicado varios profesores de Valencia y Castellón, no he localizado referencia específica a este tema.

derecho de uso; pues mal podrán concretarse los motivos y supuestos de extinción de tal derecho y los efectos que su cese pueda producir si la ley no nos los señala, pero además no tenemos claro de qué clase de derecho estamos hablando.

Desgraciadamente, es este un extremo en el que la oscuridad es enorme, como en seguida veremos. Pero, tras tomar postura sobre tan polémico asunto, intentaré ofrecer un conjunto de posibles soluciones coherentes con esa idea para los distintos casos concretos que se presentan en la realidad, sin dejar de anotar que existen otras opciones con serio fundamento. Y, siendo de tipo práctico el propósito de este trabajo, se intentará ofrecer en él un panorama de las distintas —y, con frecuencia, encontradas— respuestas que suministra la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de las Audiencias Provinciales.

II. CUESTION PREVIA: LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ATRIBUIDO JUDICIALMENTE A UNO DE LOS CONYUGES EN PROCESO MATRIMONIAL:

A. La cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia.

La determinación de cuál sea la naturaleza jurídica del derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en proceso matrimonial es cuestión nada pacífica en la doctrina⁽⁴⁾. Pero, además, la jurisprudencia del Tribunal Su-

(4) Pueden verse las muy contrapuestas posturas que a este propósito han mantenido autores como X. O'CALLAGHAN, "La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales", en el volumen colectivo *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, publicado por EUNSA, Pamplona, 1986, págs. 175 y ss.; J.J. RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, págs. 110 y ss.; A. LUNA, *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, Madrid 1982, pág. 358; E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, T.II, Vol. 1.º, págs. 365 y ss.; A. JUANES PECES Y J.R. GALVAN ARIAS, "Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial", *R.J.C.*, 1992, págs. 145 y ss.; A. ISAAC AGUILAR, "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal", *R.C.D.I.*, 1986, págs. 1721 y ss.; C. GARCIA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T.II, Madrid 1982, págs. 411 y ss.; M. LOPEZ ALARCON, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid 1983, págs. 371 y ss.; E. ROCA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, (Edit. Tecnos), I, Madrid 1984, págs. 612 y ss.; S. ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento civil español*, Barcelona 1992, págs. 197 y ss.; F. RIVERO HERNANDEZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (Edit. Tecnos), I, Madrid 1984, págs. 705 y ss.; F. ELO-RRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona 1995, págs. 503

premo, es básicamente contradictoria en este punto: mientras unas sentencias le asignan el carácter de derecho real, otras lo niegan.

En rápida síntesis, cabe citar la *STS de 11 de diciembre de 1992* ⁽⁵⁾ en la que leemos: “no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un *derecho oponible a terceros* que como tal *debe tener acceso al Registro de la propiedad* cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que la autoriza u homologa y, en estos términos, *constituye una carga que pesa sobre el inmueble* con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares”; es decir, sin mencionarse *expressis verbis* el término “derecho real”, se están proporcionando aquí —creo yo— todos los elementos característicos de un derecho de esta clase. En la misma línea la *STS de 20 de mayo de 1993* ⁽⁶⁾, de modo bastante rotundo ha señalado que éste derecho es equiparable a un “*derecho real de disfrute* limitado en cuanto a su contenido y duración”. Y, más contundentemente todavía, la *STS de 18 de octubre de 1994* ⁽⁷⁾, que podemos tomar como la culminación de la línea interpretativa que sitúa a este derecho entre los de carácter real, en términos explícitos dice: “no parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda deba configurarse como *derecho oponible a terceros*, pues el mismo se conforma como *derecho real familiar de eficacia total*, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96, párrafo último, del C.C.”

Pero la *STS de 29 de abril de 1994* ⁽⁸⁾ sostiene textualmente lo contrario de lo que han dicho las anteriores acerca de la naturaleza de este derecho: “el derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos —dice esta STS— *no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real*, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges”.

En fin, la *STS de 31 de diciembre de 1994* ⁽⁹⁾ contribuye a incrementar la ceremonia de la confusión con la creación de un extraño *tertium genus* o híbri-

y ss.; modestamente, también el autor de este trabajo ha querido hacer su pequeña aportación: R. RODRIGUEZ CHACON, “Régimen económico y uso de la vivienda familiar”, en el volumen colectivo *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, 1995, págs. 185 y ss.

(5) *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 10136.

(6) *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 3807.

(7) *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 7722.

(8) *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 2945.

(9) *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 10330.

do de clasificación verdaderamente difícil: atribuye a la resolución judicial que aprueba el convenio regulador pactado con motivo de un proceso matrimonial y en el que se atribuye a uno de los cónyuges y a los hijos el uso de la vivienda el valor de “decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real”.

El Tribunal Supremo es consciente de la existencia de estas contradicciones. La más reciente *STS de 4 de abril de 1997*⁽¹⁰⁾ hace una síntesis de varios pronunciamientos, para terminar reconociendo que la postura del Tribunal no es unánime; y asegura que tal división jurisprudencial no tiene “transcendencia práctica”. Esta última afirmación es en verdad sorprendente; pues no es sencillo entender cómo pueda considerarse irrelevante algo tan básico como calificar un derecho como real o, por el contrario, como personal⁽¹¹⁾.

B. Propuesta personal.

En el marco de esta profunda división doctrinal y jurisprudencial, produce cierta aprensión —pero, al mismo tiempo, parece inevitable— tomar postura. Pues bien, entiendo que, si nos fijamos en cómo funcionan las cosas en la práctica, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar comporta dos cosas fundamentales. Por un lado, el efecto más claro y primario —el que más netamente perciben los litigantes— es de carácter negativo: *a uno de los esposos se le priva de la vivienda familiar*; por otra parte, dada la importancia económica que tiene en sí mismo considerado tanto el hecho de verse privado de esa utilización —para el que sale de la vivienda— como la atribución del derecho de uso —para el que se queda en ella—, es evidente que el pronunciamiento judicial tiene muy en cuenta el dato a la hora de fijar o no fijar las prestaciones económicas —pensión compensatoria y/o alimentos— que sean procedentes; o, dicho de otro modo: la atribución del derecho de uso se trata en la práctica como una suerte de *pago “in natura”* —en su caso complementario y simultáneo con los pagos en metálico que procedan— *de la aportación que debe satisfacer el*

(10) *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 2636.

(11) Sorprende tanto más si se tiene en cuenta que el ponente de la sentencia es el Magistrado y Catedrático X. O’CALLAGHAN, autor que contribuyó y no poco a la polémica doctrinal que con este motivo se entabló: véase a este respecto su trabajo citado en nota 4.

Pero, en cierto modo, es verdad lo que dice la sentencia. Pues ocurre que, no siendo nada pacífica la calificación que se da a este derecho, sí hay una rara unanimidad jurisprudencial en atribuirle especialísima protección y en considerar que posee una resistencia y perdurabilidad tan notables como inexplicadas; protección y resistencia que para sí quisieran muchos derechos reales. Lo que ocurre es que, habiendo unanimidad en esto, no queda en absoluto claro cuál sea su fundamento jurídico.

cónyuge titular por el concepto de contribución a las cargas familiares o, según los supuestos, para hacer efectiva la pensión compensatoria debida al otro cónyuge.

Tratando, pues, de traducir lo anterior a términos técnico-jurídicos y combinando ambas ideas, diré que, a mi juicio, la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna sino que comporta el establecimiento de una *situación singular o sui generis que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del “ius possidendi” sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial —en cuanto tal inmueble constituía la vivienda familiar⁽¹²⁾— de modo tal que ese “ius possidendi” así mantenido y fijado excluye, mientras dure, el que correspondía al titular.*

Debe notarse que, un planteamiento como el propuesto, permite dar respuesta unitaria a todos los supuestos. Pues no cabe olvidar que la vivienda familiar puede ser ocupada por títulos diversos: puede ser propiedad de uno de los cónyuges o de ambos; pero también puede ocuparse en virtud de un derecho real limitado, en concepto de arrendamiento, en virtud de un contrato de comodato, a causa de una relación laboral o incluso como simples precaristas. Y la descripción antes ensayada puede ser coherente y adecuada para todos ellos.

En cambio, quienes pretenden que con la atribución del derecho de uso se ha constituido un derecho real, no explican cuál sea el fundamento legal que permita entender producido tan importante efecto; y, para esos otros casos en que la ocupación de la vivienda familiar se debe a un título de ocupación distinto al de la propiedad del inmueble, se ven obligados a afirmar que se ha producido una traslación del titular, una subrogación en el arrendamiento, etc., sin que tampoco aquí ofrezcan una explicación adecuada ni citen precepto legal alguno que, con suficiente claridad preste apoyo a la pretendida cesión, subrogación, cambio de titularidad, etc. que se suponen producidos.

C. El caso de la vivienda familiar ocupada en régimen de alquiler.

Mientras estuvo vigente la anterior LAU, a la vista de las previsiones contenidas en el entonces art. 24 de la ley, no resultaba sencillo sostener que la atribución judicial en proceso matrimonial del uso de la vivienda produjera *ex*

(12) Parto de la base de que, por el hecho de haber contraído matrimonio, ambos cónyuges tienen, con independencia de cuál de ellos sea el titular, un *ius possidendi* de la vivienda familiar. Por eso afirmo que el *ius possidendi* del no titular no se crea con la resolución judicial, sino que se *mantiene y fija*.

se una auténtica cesión de titularidad del contrato locativo⁽¹³⁾. Entiendo que una interpretación así carecía de respaldo normativo. Lo cierto es que podían localizarse Sentencias de Audiencias Provinciales de muy distinto signo; y alguna sentencia del Tribunal constitucional contribuyó —según creo— a añadir elementos polémicos. En concreto, la *STC 135/1986, de 31 de octubre*, en un supuesto en el que, atribuido judicialmente a la esposa el derecho de uso de una vivienda que había arrendado el marido, los Tribunales ordinarios habían negado a aquélla la personación que intentó en el juicio de desahucio por falta de pago instado por la propietaria contra el marido titular del contrato locativo, en términos contundentes —pero, a mi juicio, con claro exceso verbal— el Tribunal Constitucional dijo: “ateniéndonos al caso, es evidente, en efecto, que el art. 96 del Código civil ha creado un litisconsorcio pasivo necesario *al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual*”⁽¹⁴⁾.

Con esos precedentes, la *Ley 29/1994, de 24 de noviembre, por la que se aprueba una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* ha dedicado un precepto específico al tema que nos ocupa: el art. 15 de este texto normativo contempla expresamente los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. Y, en mi opinión, aunque ha de reconocerse que la vigente LAU no es especialmente clara sobre la cuestión, al menos sí puede decirse que

(13) Cabía, eso sí, una subrogación voluntaria y expresa, al amparo de ese precepto; y también podría mencionarse la posibilidad —a mi juicio, discutible, pero que ha sido contemplada jurisprudencialmente— de que la subrogación, aunque no se hubiera verificado en forma expresa, resultara de actos implícitos realizados por los cónyuges y el arrendador. A este respecto, debe citarse la *STS de 10 de noviembre de 1992* (A. de Jurisprudencia, núm. 9102) que, en relación con una vivienda que había sido alquilada por la esposa antes del matrimonio, entendió que había tenido lugar una auténtica subrogación del marido en los derechos arrendaticios; pero esta subrogación se reputó producida porque, desde la separación de hecho, el esposo se había mantenido en la posesión inmediata de la vivienda, pagando las rentas a plena satisfacción del propietario y todo ello *con conocimiento y consentimiento tanto de la propietaria como de la esposa* hasta el extremo de que, mientras los anteriores recibos figuraban a nombre de la esposa inicialmente contratante, a partir de abril de 1986, el marido era el que ingresaba en la cuenta de la propietaria *a su exclusivo nombre de él* las mensualidades que iban venciendo. Así las cosas, y precisamente porque se estimó que, en el caso, existía una subrogación con todos los requisitos legales —no porque se sostuviera que, con carácter general, la subrogación fuera una consecuencia necesaria de que el cónyuge no titular continuara tras la separación en el uso de la vivienda— admitió el TS que el marido tenía derecho a ejercitar el retracto arrendaticio, que le permitía acceder a la propiedad de la vivienda, vendida por el arrendador a un tercero.

(14) F.J. 7. No es sencillo componer la doctrina de esta STC con otros pronunciamientos, como son los de las SSTC 126/1989, de 12 de julio, y 289/1993, de 4 de octubre.

aporta datos suficientes para concluir que, en los casos de asignación judicial del uso de la vivienda familiar, no se produce una subrogación.

Creo que suministra un importante elemento de interpretación el hecho de que el proyecto de LAU presentado por el Gobierno se decantara con bastante claridad en la línea de atribuir, en estos casos, una cotitularidad solidaria al cónyuge no arrendatario. De forma concreta decía el texto proyectado que el no titular adquiriría la “condición” de arrendatario “por ministerio de la Ley”⁽¹⁵⁾. Esta peculiar cotitularidad tenía, sin duda, su fuente de inspiración en la STC 135/1986, de 31 de octubre, que partía de la idea de considerar al cónyuge no titular —mejor, no firmante— del contrato de arrendamiento en la misma situación jurídica contractual que la que correspondía al cónyuge titular. Y la solución ideada podría gustar o no, pero era clara: el titular del arrendamiento no perdía su condición de tal, al tiempo que el no titular accedía a la posición de titular solidario.

Pero el texto que prevaleció no fue el proyectado. El ahora ya vigente núm. 1 del art. 15 de la nueva Ley locativa 29/1994, de 24 de noviembre, dispone, que “en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario *podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada* cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del Código civil”. Por lo demás, debe tenerse presente que el núm. 2 del art. 15 prescribe: “la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda⁽¹⁶⁾ deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”⁽¹⁷⁾

Si se tiene en cuenta la muy diferente factura del texto proyectado en comparación con el definitivamente aprobado, resulta claro que el legislador ha elu-

(15) Debe recordarse que el precepto proyectado rezaba literalmente así en su párrafo primero: “en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario *adquirirá también y de forma solidaria dicha condición por ministerio de la Ley* cuando le corresponda el uso de la vivienda arrendada de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del Código civil”; y añadía el núm. 2 “*la adquisición de la condición de arrendatario* deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de un mes desde que tuvo lugar”.

(16) No deja de ser significativo que también aquí se haya modificado la expresión legal. En efecto, mientras el núm. 2 del art. 15 del Proyecto señalaba que “*la adquisición de la condición de arrendatario* deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de un mes desde que tuvo lugar”, el texto definitivo elude precisamente semejantes términos técnicos para hablar sólo de una “voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda”.

(17) Más adelante aludiré a las consecuencias que puede traer consigo el incumplimiento de esta obligación legal.

dido, desde luego, hablar de una cotitularidad solidaria. Tampoco llega a afirmar que el cónyuge no titular adquiriera la “condición de arrendatario”: simplemente *se le faculta* —podrá continuar, dice el precepto— para que permanezca en la vivienda arrendada por el otro cónyuge, del que no se dice que pierda su condición de titular del contrato.

Y no deja de ser significativo que, mientras en el art. 15 únicamente se admite la posible continuidad “en el uso”, en cambio, la misma Ley prevé en el art. 12 el supuesto de desistimiento del titular del contrato sin consentimiento del cónyuge, *usando allí locuciones muy diferentes*. En efecto, si el arrendatario casado manifiesta su voluntad de no renovar el contrato o de desistir del alquiler sin el consentimiento del cónyuge que con él conviva, lo que prevé la norma es que “podrá *el arrendamiento continuar* en beneficio de dicho cónyuge”⁽¹⁸⁾; expresión idéntica a la que se utiliza para el caso de que el arrendatario abandone la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o no renovación⁽¹⁹⁾.

Pero, sobre todo, la nueva Ley prohíbe de modo explícito la cesión *inter vivos* del contrato de arrendamiento sin el consentimiento escrito del arrendador; mediando ese consentimiento, la Ley afirma contundentemente que “el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador”⁽²⁰⁾, expresión que, a mi juicio, convence de que el legislador ha pretendido distinguir de forma neta este supuesto del mero derecho de uso que se adquiere por el no titular del contrato de arrendamiento al que se adjudique la vivienda familiar en proceso matrimonial.

A la vista, pues, de la nueva regulación legal, pese a que un sector doctrinal y algunos pronunciamientos de Audiencias provinciales se han decantado en el sentido de entender que, tras la atribución judicial del derecho de uso en proceso matrimonial se produce una subrogación *ex lege* del no titular —simultánea a la desvinculación contractual del titular inicial⁽²¹⁾— pienso que ni el titular del

(18) Cfr. art. 12.1 de la Ley.

(19) Cfr. art. 12.3.

(20) Art. 8.1.

(21) Tal es la posición de D. LOZANO ROMERAL y J. DE FUENTES BARDAJI, *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos urbanos*, Praxis, Barcelona, edición de noviembre de 1994, pág. 48. En el mismo sentido E. SERRANO ALONSO, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por X. O’Callaghan, Madrid 1995, págs. 156 y ss., que, no obstante, entiende que el arrendatario originario podría recuperar su posición si fallece el cónyuge adjudicatario (pág. 159). En línea semejante, F. ELORRIAGA DE BONIS, *ob. cit.*, págs. 539-541.

Entre los pronunciamientos de Audiencias, cabe citar la *SAP de Asturias de 28 de junio de 1996* (A. civil, núm. marginal 1167), que dice terminantemente: “el citado art. 15 introduce la novedad de atribuir *ex lege* la condición de arrendatario al cónyuge a

contrato de arrendamiento deja de serlo, ni el cónyuge inicialmente no titular adquiere la titularidad del contrato ⁽²²⁾ *salvo que, previa cesión expresa del titular, medie consentimiento escrito del arrendador*, a tenor del art. 8.1 de la nueva Ley. Sólo en este supuesto se produciría, según entiendo, una auténtica subrogación; de manera que, faltando el consentimiento del arrendador, tampoco podría el Juzgado que sustancie el litigio matrimonial decretar la cesión del contrato de arrendamiento en favor del beneficiario del derecho de uso al amparo del art. 96 del C.C. ⁽²³⁾, pues ello supondría imponer obligaciones y modificar los derechos de un tercero —el arrendador— que no ha sido parte en el procedimiento.

La anterior puntualización me parece de especial interés, a efectos prácticos. No es, evidentemente, lo mismo que el no titular adquiriera un simple derecho de uso sin modificación de la titularidad contractual que enfrentarse a un caso de subrogación. Si el beneficiario del derecho de uso adquiriera la titularidad exclusiva nada impide, por ejemplo, que dé por terminado el contrato cuando le parezca oportuno. En otro orden de cosas, si nos situamos en la perspectiva del arrendador, es evidente que a éste puede interesarle mucho más conservar como titular arrendatario a aquella persona con la que contrató ⁽²⁴⁾ que verse introducido en la dinámica de enfrentarse a un nuevo titular que tal vez sea perfectamente insolvente.

quien la resolución judicial recaída en proceso matrimonial le hubiese sido asignado el uso de la vivienda familiar, aun cuando fuera el otro cónyuge quien hasta entonces hubiera ostentado la condición de arrendatario”. La misma Audiencia matiza que no hay cesión si el arrendamiento es “ganancial” —es decir, concertado constante matrimonio— en la *Sentencia de 11 de septiembre de 1996 (A. civil, núm. marginal 1481)*. En el sentido de entender producida una cesión, vid. también la *SAP de Badajoz de 6 de julio de 1995 (A. civil, núm. marginal 1309)*.

⁽²²⁾ Ni adquiere la titularidad exclusiva, ni tampoco accede a la condición de cotitular. En este mismo sentido A. CARRASCO PERERA, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por R. Bercowitz Rodríguez-Cano, Madrid 1995, págs. 342 y ss.

En esta línea la *SAP de Gerona de 23 de abril de 1996 (A. civil, núm. marginal 854)*.

⁽²³⁾ Tesis esta de M.C. QUESADA GONZALEZ, en *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona 1998, especialmente págs. 169 y ss. La autora estima que el Juzgado puede imponer la subrogación, si así se especifica en la resolución que se dicte. Cita allí otros varios autores en apoyo de su tesis.

⁽²⁴⁾ Por ejemplo, en atención a su solvencia económica o porque presentó un fiador personal.

III. EXAMEN PARTICULARIZADO DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO Y SUS EFECTOS

A. La extinción por cumplimiento del plazo, las condiciones o los límites de la atribución.

En puridad, el único motivo legalmente previsto —aunque lo ha sido de forma elíptica— para la extinción del derecho de uso es el del vencimiento del plazo por el que fue concedido: en efecto, el carácter temporal de la concesión resulta del propio texto del art. 96.

Pero, además, en el orden lógico ha de afirmarse que, desde el momento en que la resolución judicial es el título específico de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, a los términos de esa resolución habrá de estarse con carácter preferente. Por tanto, si la resolución judicial fija otras condiciones o límites, su operatividad inmediata no ofrece duda.

Supuesto típicamente encuadrable en este apartado será, pues, el caso de que, en cumplimiento de lo preceptuado en el párrafo tercero del art. 96 del C.C., cuando se estime que el cónyuge no titular encarna el interés más necesitado de protección y no existan hijos, se le fije un determinado *plazo* de duración.

La concreción de un plazo, no obstante, puede hacerse también en el supuesto de que la atribución del derecho de uso obedezca a que uno o más hijos quedan en compañía del adjudicatario⁽²⁵⁾; e incluso cabe que se busque una fórmula en la que, aunque el plazo no esté determinado en la propia resolución judicial, resulte determinable *a posteriori*⁽²⁶⁾.

Pero también es factible que el derecho de uso se supedite a *circunstancias objetivas*, ya sea *positivas* (como ocurriría, por ejemplo, si se establece en el convenio o en la sentencia que el uso de la vivienda se atribuye “hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad”⁽²⁷⁾), ya *negativas* (como ocurriría si la resolución judicial o el convenio aprobado concretan, por ejemplo, que el cónyuge

(25) Con independencia de que, desde el punto de vista técnico, tal limitación es factible, no me parece coherente con la nueva redacción del art. 93 del C.c., como luego se dirá. De todos modos, si la resolución la incluye —o si el convenio es aprobado— habrá de estarse a sus términos.

(26) Tal como, por ejemplo, si se concretara que el beneficiario mantendrá el derecho de uso durante dos años a contar desde la fecha en que obtenga ocupación remunerada por cuenta ajena.

(27) O también, si se concretara que el derecho de uso se atribuye hasta que tenga lugar la liquidación de la sociedad de gananciales; o mientras los hijos convivan establemente con el progenitor beneficiario.

beneficiario perderá el derecho de uso si en el domicilio aloja a personas distintas de los hijos o sus familiares próximos⁽²⁸⁾).

Dicho lo anterior, ya no cabe ser especialmente preciso, pues todo dependerá de cuáles hayan sido las condiciones o los límites que el órgano jurisdiccional haya impuesto o aprobado.

En la práctica, el rasgo más importante a destacar aquí es que, en principio, *estos motivos de cesación son operativos por los trámites de ejecución de sentencia*. Nótese que, previstas las causas de extinción en la propia resolución judicial, la determinación de que el derecho de uso ha quedado extinguido coincide con el cumplimiento de la ejecutoria, por lo que cabrá aplicar los artículos 919 y ss. de la LEC y, en su caso, los trámites de liquidación de sentencias.

Por lo demás, el efecto común básico de los posibles motivos de cesación del derecho de uso de la vivienda familiar por cumplimiento de las previsiones, límites o plazos eventualmente impuestos por la resolución judicial que lo atribuyó consiste en que *cesa el derecho de ocupación exclusiva y excluyente* que correspondía a quien había sido beneficiario del mismo.

Importa destacar que la cesación antes indicada no siempre implicará de forma automática que el cónyuge que fue beneficiario del derecho de uso tenga que abandonar de inmediato la vivienda.

En efecto, extinguido el derecho de uso, la obligación de abandonar la vivienda surge, sin duda, en la *hipótesis de que el inmueble se ocupara siendo de titularidad exclusiva del otro cónyuge*. De no cumplirse tal obligación en forma voluntaria, puede y debe recurrirse a la utilización de medios coactivos —tales como requerimientos, apercibimientos o el lanzamiento— para obtener su efectividad⁽²⁹⁾. En este caso, he de aclarar también que, a mi juicio, *la competencia para el lanzamiento del ocupante corresponde al propio Juzgado de familia que en su día concedió el derecho de uso y luego declaró su extinción*. No es necesario en tal supuesto acudir a otro órgano jurisdiccional, ni tampoco instrumentar un procedimiento aparte; porque aquí de lo que se trata es de reponer en su derecho al cónyuge titular al que, en su día, se privó de sus facultades de uso

(28) En este sentido, la *SAP de Navarra de 21 de febrero de 1994* (A. civil, núm. marginal 342), que contemplaba un caso en el que, habiéndose pactado en el convenio regulador que no podría vivir en domicilio asignado a la esposa persona distinta a ella y las hijas, la Audiencia decretó el cese del derecho al incumplir la esposa la cláusula.

(29) Desde luego, en caso de no cumplimiento, puede el órgano jurisdiccional practicar los oportunos requerimientos, acompañados de los apercibimientos que se soliciten y sean del caso. Entre los apercibimientos, a mi juicio, no se excluye el de deducir testimonio para que se proceda por el delito de desobediencia, delito que se cometería en este caso, del mismo modo que la jurisprudencia ha declarado que lo comete quien no sale de la vivienda una vez que el órgano jurisdiccional ha otorgado al otro cónyuge su uso.

sobre un inmueble por disposición del mismo Juzgado; y, en definitiva, se trata de ejecutar una resolución del propio órgano jurisdiccional que, al decretar la extinción del derecho de uso, ha de hacerlo con todas sus consecuencias. Tal es la doctrina que se contiene en el *AAP de Madrid, Sección 22.ª, de 4 de junio de 1993* ⁽³⁰⁾.

Por otra parte, cabe reclamar una indemnización de perjuicios (cuantificándolos, por ejemplo, en lo que sería el precio medio de alquiler de una vivienda semejante en la zona) por las rentas no percibidas si el ejecutado se niega a abandonar la vivienda y obliga a un trámite que se prolongue en el tiempo para lograrlo. Así lo ha estimado en concreto una *SAP de Madrid de 26 de noviembre de 1997* ⁽³¹⁾.

Pero, dicho todo lo anterior, hay que destacar que *no es el mismo supuesto el que se plantea cuando la vivienda en su día atribuida en uso es copropiedad de ambos litigantes* o forma parte del haber de la sociedad de gananciales sin liquidar. En estos otros casos, extinguido el derecho de uso, el beneficiario no puede pretender que se prolongue el derecho *exclusivo* que tenía ⁽³²⁾; pero tampoco se le puede desalojar de la vivienda si era cotitular de la misma o pertenece a la sociedad de gananciales sin liquidar: mientras otra cosa no se resuelva, igual derecho tienen ambos litigantes para servirse de la vivienda en virtud de lo que previene el art. 394 del C.C. Tal es la tesis, a mi juicio plenamente acertada, de un *AAP de Madrid, sección 22.ª, de fecha 11 de enero de 1994* ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Fuente propia. El Auto recayó en un supuesto en el que, asignado el uso de la vivienda privativa del marido a la esposa “hasta la mayoría de edad de la hija de los litigantes”, cumplidos por la hija los 18 años y a petición del marido, el Juzgado decretó el cese del derecho de uso y practicó a la asignataria diversos requerimientos que, no siendo cumplidos por ésta, concluyeron en que el Juzgado no accedió a decretar el lanzamiento de la ocupante, remitiendo al marido al “procedimiento que corresponda”. Recurrída dicha resolución ante la Audiencia, ésta la revocó con invocación de los arts. 18 de la LOPJ y 55 de la LEC, ordenando al Juzgado que procediera sin más dilaciones al cumplimiento de lo acordado, *con lanzamiento de la ocupante*.

⁽³¹⁾ Fuente propia. En definitiva es ésta una aplicación de la doctrina contenida en la *STS de 27 de noviembre de 1992 (A. de jurisprudencia, núm. marginal 7761)*, que estudió un caso de precarista que mantuvo una ocupación indebida hasta su desalojo judicial.

⁽³²⁾ El art. 285.1 del C.C. francés prevé la posibilidad de que, concluido el plazo por el que se otorgó el derecho de uso al no titular —derecho de uso que en el país vecino asume la modalidad de un arrendamiento forzoso— el Juez puede decidir renovarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven o por una nueva decisión que amplíe el plazo de nueve años que se fija como límite para el caso de que el divorcio haya sido pronunciado, a instancia del cónyuge propietario, con fundamento en la ruptura de la vida en común.

⁽³³⁾ He podido manejar una copia de este Auto por gentileza de M.C. REDONDO SANZ. En esta oportunidad la esposa había apelado contra la resolución del Juzgado que, concluido el plazo por el que se había atribuido a la recurrente el uso de la vivienda de la

Incidentalmente diré que la situación que así se crea no es en absoluto deseable, de igual modo que no lo es el que la sentencia de separación o de divorcio declare expresamente la improcedencia de atribuir a uno de los litigantes el uso de la vivienda de la que son copropietarios, como hacen varios pronunciamientos, acaso por no encontrar mejor derecho en ninguno de los cónyuges⁽³⁴⁾. Una decisión abstencionista del órgano jurisdiccional en estos casos podrá, en más de una hipótesis, estimular a los litigantes a alcanzar una pronta liquidación de los bienes comunes; pero, en no pocos supuestos, significará que, hasta el momento en que la liquidación se haga efectiva, va a regir la ley del más fuerte física o psicológicamente; y, desde luego, si ambos litigantes optan por arrostrar las incomodidades consiguientes y por continuar ocupando la misma vivienda aun después de la separación o del divorcio, sin lograr un acuerdo que ponga rápido fin a tal estado de cosas, pueden producirse situaciones surrealistas enormemente frustrantes para todos, que ciertamente no se justifican tras haberse agotado completamente un trámite separatorio judicial.

Por eso, del mismo modo que, en los casos de duda insoluble sobre el mejor derecho de los cónyuges copropietarios de la vivienda, parece preferible atribuirles el uso de la vivienda por turnos hasta la liquidación de los bienes comunes, no existe, en mi opinión, ningún inconveniente en que el órgano jurisdiccional que ha considerado cesado el derecho de uso pueda fijar un sistema de

que era copropietaria con el marido, ordenó requerir a la ocupante para que dejara libre y expedito el domicilio que tuvo la consideración de conyugal. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación razonando que, aunque no podía prolongarse el derecho de uso exclusivo que a la esposa venía atribuido con carácter temporal, el requerimiento de desalojo “tendría plena consistencia únicamente en el supuesto de que la titularidad dominical del repetido inmueble correspondiera exclusivamente al esposo como medio de reintegrar al mismo el legítimo goce de sus facultades como propietario, una vez cumplidas las previsiones temporales de asignación contenidas en la sentencia que se ejecuta; pero la solución no puede ser la misma en la hipótesis de que la titularidad pertenezca a ambos cónyuges, bien por su régimen económico matrimonial de gananciales, bien porque, a pesar de existir absoluta separación de bienes el piso sea propiedad de los dos en un 50% pues, *ante la falta de previsión al respecto de la repetida sentencia no se puede privar, en la forma reflejada en la providencia confirmada por el auto hoy apelado, a cualquiera de los condóminos de su derecho de gozar del bien de que es titular, conforme previene el art. 348 del C.C., lo que es reiterado, en el régimen de comunidad de bienes, por el art. 394, si bien tal derecho ya no será exclusivo ni excluyente del que al otro condómino corresponde igualmente*”.

(34) Como ejemplos de pronunciamientos que, por no apreciar interés más protegible en uno de los esposos, reflexivamente se abstienen de atribuir a alguno de los litigantes el uso de la vivienda común en copropiedad, cabe mencionar las *SSAP de Madrid, Sección 22.ª, de 14 de mayo y 5 de noviembre de 1992, y de 12 de marzo de 1993*, transcritas en E. HIJAS, *Derecho de familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*, Valencia 1994, págs. 190-192.

ocupación alternativa del inmueble hasta su liquidación, por años o incluso por meses, *como regla de administración*. En mi criterio, una determinación así no significaría apartarse de la ejecutoria, ni transgresión de lo prevenido en el art. 18.2 de la LOPJ. Supondría, sencillamente, una disposición que, en trámite de ejecución de sentencia, estaría incluida en las facultades liquidatorias que al Juzgado atribuye el art. 91 del C.C.; o, si se prefiere, es una medida que podría adoptarse, en el mismo trámite y en virtud del mismo precepto, para sustituir a la adoptada con anterioridad sobre la vivienda familiar, precisamente por haber quedado extinguido el derecho de uso en su momento fijado⁽³⁵⁾.

B. La extinción por cambio de las circunstancias.

Este segundo motivo genérico es seguramente el más habitual en la práctica. Puede cobijar muy variados supuestos. Dos de ellos son, sin embargo, los de más frecuente alegación: los referentes a las circunstancias de los hijos y los que consisten en la celebración de nuevo matrimonio o en el mantenimiento de convivencia con tercero por parte del usuario.

a) Cambio de circunstancias en los hijos.

Partiendo de la base de que, por regla general, el derecho de uso se atribuirá al cónyuge no titular cuando queden en su compañía hijos del matrimonio, ya se entiende que si los hijos dejan de estar en compañía del que ha obtenido la atribución del derecho de uso, ello debe dar lugar a la extinción del derecho asignado.

La anterior afirmación debe ser objeto de ciertas matizaciones.

Ante todo, ha de subrayarse que —salvo en el supuesto de que la propia resolución judicial que asignó el derecho de uso otra cosa haya establecido *expresamente*— no determinará la extinción del derecho la mera circunstancia de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad o se emancipen⁽³⁶⁾.

Pienso, en efecto, que hay que seguir aquí un criterio análogo al que se establece con respecto a los alimentos en el párrafo segundo del art. 93 del C.C.;

⁽³⁵⁾ Lo dicho vale, desde luego, en primera instancia, salvando los principios de rogación y congruencia. Si la cuestión se plantea por primera vez en apelación, seguramente la solución no podría ser la aquí sugerida.

⁽³⁶⁾ En el mismo sentido, F.J. FERNANDEZ URZAINQUI, en “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona 1986, págs. 289-290. También F. ELORRIAGA DE BONIS, *ob. cit.*, pág. 562; y A.J. PEREZ MARTIN, *ob. cit.*, pág. 762.

pues reitero mi opinión de que, cuando hay hijos, la atribución de derecho de uso de la vivienda familiar constituye una prestación *in natura* de carácter alimenticio que se impone al titular.

Serán, por tanto, no el simple hecho de haber alcanzado los 18 años, sino la vida independiente de los hijos, su capacidad para procurarse por sí la subsistencia, o —en su caso— la falta de independencia o de capacidad económica *por causas que sean imputables al propio hijo mayor de edad*⁽³⁷⁾ los motivos que podrán determinar la extinción del derecho de uso reconocido al no titular.

En otro orden de cosas, desde la perspectiva procesal, ha de notarse que, para lograr un pronunciamiento que declare la cesación del derecho del art. 96, por regla general y salvo que en la resolución judicial que lo otorgó se hubiera adoptado una fórmula suficientemente expresiva⁽³⁸⁾, será preciso que el cónyuge a quien la extinción interese siga, en estos casos, el *trámite procesal incidental de modificación de medidas*.

En efecto, habitualmente las resoluciones judiciales atribuyen el derecho de uso al progenitor en cuya compañía quedan los hijos, sin más precisiones. Así las cosas, no cabe discernir *a priori* que sea sólo la custodia de los hijos lo que determine la atribución, pues la decisión judicial puede haber tenido en cuenta otros factores. En concreto, pudiera suceder que, con independencia de la situación de los hijos, quepa estimar que *además* el adjudicatario del derecho de uso encarnaba —o encarna ahora— el interés más necesitado de protección; pues bien, esto último justificaría que, aun no conviviendo con él ya ningún descendiente, tenga derecho a permanecer en el uso de la vivienda, al menos por el tiempo que prudencialmente se determine, si el beneficiario del derecho de uso no es titular de la vivienda⁽³⁹⁾. Un repaso de los pronunciamientos de distintas Audiencias provinciales convence de cómo es bastante frecuente que

(37) Cfr. arts. 142 y 152.3.º y 5.º, del C.C.

(38) Como, por ejemplo, “se atribuye a X el uso de la vivienda familiar, derecho que cesará cuando ninguno de los hijos conviva habitualmente con dicho progenitor o cuando todos los hijos cuenten con medios propios de vida”. Pese a ello, puede haber supuestos en los que no sea fácil determinar en ejecución de sentencia si existen o no estas circunstancias.

(39) La *SAP de Barcelona de 9 de enero de 1997* (A. civil, núm. marginal 164) ha estimado que si el piso es de titularidad conjunta con el otro cónyuge, no cabe establecer el límite temporal del art. 96, que —entiende la Sentencia— sólo contempla el caso de que el usuario no sea titular ni cotitular. En cambio, la *SAP de Barcelona de 2 de diciembre de 1997* (A. civil, núm. marginal 2555) estimó que la mayoría de edad de la hija justificaba limitar a tres años el tiempo de permanencia de la esposa no titular a la que se había atribuido el uso de la vivienda como consecuencia de la atribución de custodia; al parecer, ese tiempo se consideró suficiente para que la hija adquiriera autonomía económica.

se resuelva en favor de la permanencia en la vivienda del cónyuge que ya no tiene en su compañía a los hijos menores de edad. Véanse en este sentido las *SSAP de Navarra de 31 de octubre de 1994*⁽⁴⁰⁾, de *Guadalajara de 13 de enero de 1995*⁽⁴¹⁾ y de *Sevilla de 8 de octubre de 1997*⁽⁴²⁾.

Por lo demás, parece que debe afirmarse que, cuando los hijos son mayores de edad, naturalmente son libres de pasar a vivir con progenitor distinto de aquel que tuvo su custodia cuando eran menores; pero ello no les da derecho a pretender que esa su elección determine qué progenitor será el beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar: tal es la doctrina de la *SAP de Sevilla de 26 de abril de 1993*⁽⁴³⁾.

b) *Ulterior matrimonio del usuario o convivencia marital con tercero.*

Si la simple mayoría de edad de los hijos no es causa de extinción del derecho de uso, tampoco lo es, a mi juicio, el que el cónyuge asignatario conviva con otra persona o contraiga matrimonio, *si la vivienda se le atribuyó por tener hijos en su compañía*. Otra cosa es que, si de esa convivencia o matrimonio se siguen dificultades con los hijos, pueda darse lugar a un cambio de progenitor a cuyo cuidado queden estos últimos y a que, por ellos deba cambiar también el beneficiario del derecho de uso. También ha de anotarse que cabe pactar en un convenio regulador que la convivencia con tercera persona en la vivienda familiar determinará el cese del derecho de uso. La *SAP de Navarra de 21 de febrero de 1994*⁽⁴⁴⁾ consideró que tal cláusula es lícita, también en el caso de que el beneficiario tenga bajo su custodia hijos menores; y que a ella ha de estarse, si el beneficiario incurre en la previsión contractual pactada, pese a que el cumplimiento de la cláusula implique la salida de la vivienda de los hijos menores; no obstante la Sentencia citada advierte que ello es compatible con que el usuario

(40) *A. civil*, núm. marginal 2420. El hijo que vivía con la madre había alcanzado autonomía económica.

(41) *A. civil*, núm. marginal 168. Aquí las hijas, inicialmente confiadas a la madre, pasaron a estudiar en régimen de internado, viéndose sólo con el padre y abuelos paternos en los fines de semana a causa de graves desacuerdos con su progenitora.

(42) En *El Derecho*, núm. marginal 97/9508. En este caso, la hija que había alcanzado la mayoría de edad, dejó de vivir con el padre —al que se había asignado el uso de la vivienda— pasando a vivir con la madre; pese a ello, se mantuvo al padre en el derecho de uso.

(43) *A. civil*, núm. marginal 561. En el caso eran hijos sin medios propios de vida que habían solicitado alimentos al padre y manifestaban querer vivir con la madre, por lo que solicitaban que el padre demandado saliera de la vivienda familiar.

(44) *A. civil*, núm. marginal 342.

reclame una mayor aportación económica como alimentos para los hijos, invocando precisamente el mayor gasto que supone la necesidad de procurarles una nueva vivienda.

Pero si la vivienda se atribuyó al no titular sin hijos en su compañía, la convivencia con tercero o la celebración de matrimonio sí deberá extinguir el derecho de uso; pues, en ese caso, el derecho tiene, en mi opinión, el fuerte sabor de prestación *in natura* de la pensión compensatoria del art. 97 del C.C., con respecto a la cual la convivencia marital o el nuevo matrimonio sí son causa de extinción a tenor del art. 101 del C.C.

Desde la perspectiva procesal, ha de notarse que, mientras tal vez sería sostenible que el matrimonio del beneficiario con el que no convivan hijos podría ser apreciado como causa de extinción en trámite de ejecución de sentencia⁽⁴⁵⁾, en cambio, apreciar la convivencia *more uxorio* a los mismos fines precisará en todo caso un previo trámite contencioso⁽⁴⁶⁾.

Por lo demás, conviene precisar que si, por acuerdo de las partes y *a tenor del art. 99 del C.C.*, se hubiera constituido un derecho distinto y específico sobre la vivienda familiar *en sustitución* de la pensión del art. 97 del C.C., en ese caso, salvo pacto en contra, ni el matrimonio ni la convivencia del usuario con tercero extinguirán el derecho atribuido sobre la vivienda, pues el derecho en cuestión ya no seguiría el régimen de la pensión compensatoria sino el que corresponda a su naturaleza y a los pactos celebrados.

c) *Otras situaciones que impliquen variación sustancial de las circunstancias.*

La desaparición de las causas que justificaron la atribución judicial o los cambios de fortuna en las partes que den lugar a que el inicialmente beneficiario no sea ya el interés más necesitado de protección también traerán consigo la extinción del derecho de uso o el acortamiento del plazo fijado. Al respecto, cabe señalar que también aquí resultará operativa la doctrina de que no pueden valorarse como cambio de circunstancias aquellas situaciones que provoca voluntariamente quien pretende invocarlas a su favor. En concreto, la *SAP de Bar-*

(45) El penúltimo párrafo del art. 285.1 del C.C. francés expresamente prevé que el nuevo matrimonio del excónyuge no titular divorciado por ruptura de la vida en común y al que se ha concedido el “arrendamiento judicial” de la vivienda familiar es causa de terminación del arrendamiento *de pleno derecho*; no veo dificultad en aplicar la misma idea en nuestro ordenamiento.

(46) El ya citado art. 285.1 del C.C. francés contempla como causa de extinción del arrendamiento citado en nota anterior el “concubinato notorio”; sin embargo, en este caso, el precepto no señala que la causa de terminación opere “de pleno derecho”, como, en cambio, puntualiza para el caso de nuevo matrimonio.

celona de 15 de marzo de 1994⁽⁴⁷⁾ consideró que el hecho de que el titular no usuario hubiera contraído nuevo matrimonio y tenido descendencia de su segunda unión no justificaba declarar la extinción del derecho de uso asignado a la primera esposa⁽⁴⁸⁾.

A este motivo genérico de cesación serían también reconducibles aquellas situaciones en las que quepa apreciar un abuso de derecho por parte del usuario⁽⁴⁹⁾; por ejemplo, el destinar la vivienda, sin autorización ni justificación, a finalidades distintas al alojamiento del beneficiario y de los hijos a él encomendados.

La falta de uso, sin motivo razonable —que, en puridad, será en no pocos casos una subespecie del abuso de derecho— o por traslado del beneficiario a otra ciudad es también un motivo de extinción encuadrable en este grupo⁽⁵⁰⁾. En estos casos, normalmente la cesación del derecho de uso inicialmente asignado determinará que el uso de la vivienda pase al otro cónyuge o excónyuge.

Un ejemplo de no uso abusivo determinante del cambio del que fue beneficiario inicial lo proporciona la *SAP de Valencia de 20 de enero de 1995*⁽⁵¹⁾. Por su parte, la *SAP de Málaga de 17 de marzo de 1998*⁽⁵²⁾ también modificó la asignación del derecho en un supuesto en que la inicial beneficiaria se trasladó por motivos laborales a otra ciudad como funcionaria.

(47) *A. civil*, núm. marginal 525.

(48) En el mismo sentido, véase la *SAP de Sevilla de 5 de mayo de 1994* (*A. civil*, núm. marginal 929. A.J.PEREZ MARTIN, *ob. cit.*, pág. 763 señala que se trata de una doctrina habitual en las Audiencias.

(49) Con independencia de que el art. 529 del C.C. específicamente contemple este motivo como causa de cesación de los derechos reales de uso y habitación, la previsión general del art. 7.2 del C.c. proporciona suficiente cobertura jurídica para sostener que, aunque no se conceptúe como derecho real, el abuso es causa bastante para que, previo el oportuno trámite que permita su comprobación, cese este derecho asignado judicialmente.

(50) F.J. FERNANDEZ URZAINQUI, *ob. cit.*, pág. 293-294, coincide en agrupar bajo un mismo epígrafe el abuso y el no uso como causa de extinción. Como señala este autor, salvo en el caso de que la vivienda perteneciera al titular en arrendamiento, no parece segura la referencia a los seis meses en el curso de un año que menciona el art. 62.3 de la LAU.

No sería necesario, por supuesto, que el tiempo de no uso alcance el plazo fijado para la prescripción extintiva: bastará —según entiendo— con que, a juicio del Juez, se pueda deducir de la falta de uso que el designado como beneficiario ya no necesita ocupar la vivienda familiar y sí le resulta precisa al otro cónyuge.

(51) *A. civil*, núm. marginal 163. El marido no ocupó la vivienda que le había sido asignada, mientras la esposa tenía que vivir en régimen de alquiler.

(52) *A. civil*, núm. marginal 616.

Conviene puntualizar, sin embargo, que la extinción del derecho por no uso no tiene por qué traer consigo necesariamente la asignación del derecho al que no fue inicial beneficiario. En este sentido, cabe citar la *SAP de Huesca de 2 de octubre de 1997*⁽⁵³⁾; esta Sentencia declaró extinguido el derecho de la esposa —que se había trasladado con la hija a otra ciudad— pero estimó improcedente adjudicarlo al esposo, que no tenía hijos bajo su custodia: decretó que ambas partes podrían servirse del inmueble bajo el régimen del art. 394 del C.C.

En todos estos supuestos parece también ineludible el tránsito por el cauce procesal de modificación de medidas.

C. La extinción por desaparición del objeto.

El derecho de uso podría concluir también tanto por la *desaparición física* de la vivienda familiar como por su *pérdida jurídica*, pues en ambos casos se produce una desaparición del objeto del derecho, de modo que se hace imposible el ejercicio de las facultades atribuidas por la resolución judicial.

Serían, por tanto, encuadrables en este motivo de cesación, de un lado, los casos de destrucción física del inmueble en que se encuentre la vivienda familiar, destrucción que no tiene por qué ser total; ni, si es parcial, adaptarse a los módulos previstos a otros propósitos⁽⁵⁴⁾: bastará con que se aprecie que no es viable la utilización de la vivienda a los fines familiares a que antes se destinaba.

Supuestos de pérdida jurídica serían, en cambio, aquellos en los que, por oponer un tercero un derecho preferente, se hace inviable la utilización de la vivienda adjudicada en uso; piénsese a este último respecto en aquellos casos en los que, siendo la vivienda un piso arrendado, la propiedad hace valer una causa de denegación de prórroga, o de rescisión o finalización del contrato; o cuando la vivienda se venía utilizando en precario y el titular insta y obtiene el desahucio; o en aquellos otros en los que, con o sin fraude, se titula la vivienda a nombre de un tercero que pueda invocar los arts. 34 y 41 de la Ley Hipotecaria, viéndose obligados los ocupantes a desalojarla.

En todos estos supuestos, ciertamente se extingue el derecho de uso, en cuanto el mismo tiene como objeto la utilización de una concreta vivienda.

⁽⁵³⁾ A. civil, núm. marginal 2123.

⁽⁵⁴⁾ Como, por ejemplo, para que, de acuerdo con el art. 247.2, letra a) del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, pueda producirse la calificación de ruina; sin embargo, debe notarse que el criterio de este precepto coincide con el de los arts. 118.2 de la LAU de 1964 y 21.1 de la LPH, al valorar como ruina o destrucción jurídica la que implique un coste de la reparación o reconstrucción superior al 50% del valor del inmueble. Tal coincidencia no deja de ser un criterio orientativo.

Pero, al mismo tiempo, normalmente cabrá que el cónyuge que así se ve privado de su derecho, inicie un procedimiento de modificación de medidas, bien para que se le facilite una vivienda de similares características a la antes ocupada, bien para que, al menos, se fije un incremento de la aportación del otro a las cargas familiares.

Así se ha considerado en la *SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 1992* ⁽⁵⁵⁾. Se trataba allí de un caso en el que, disfrutando la esposa del uso de una vivienda propiedad de su cónyuge y de la hermana de éste, el marido transmitió a la hermana copropietaria su porción y ésta logró, tras distintos avatares, la expulsión del inmueble de la esposa y la hija a ella confiada; el Juzgado apreció una imprevisible y sustancial variación de las circunstancias e incrementó en 120.000 ptas. mensuales adicionales la pensión compensatoria que debía percibir la esposa. La Audiencia confirmó este criterio, aunque redujo la cuantía de la prestación.

En algún otro supuesto, el órgano jurisdiccional ha impuesto en casos así la obligación de proporcionar otra vivienda de similares características a la que la familia venía ocupando. Así, la *SAP de Palma de Mallorca, de 17 de enero de 1986* ⁽⁵⁶⁾ tras la enajenación del inmueble a un tercero en circunstancias altamente sospechosas ⁽⁵⁷⁾, decidió que el marido “en tanto no quede la vivienda a la libre y efectiva posibilidad de ser ocupada por sus hijos y esposa (deberá) facilitarles a su cargo otra de similares características”.

En mi criterio, en ciertas hipótesis, podrá —y hasta deberá— irse más lejos. Ha de tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda implica para el titular no beneficiario simultáneamente una obligación de no hacer (respetar ese uso y abstenerse de impedirlo) y de hacer (proporcionar al cónyuge y/o a los hijos una determinada vivienda, como pago *in natura*); por tanto, al menos en estos especiales supuestos de “desaparición jurídica no casual”, cuando sea evidente que la imposibilidad de que la familia continúe en el uso de la vivienda obedece a una intervención *voluntaria* del obligado, la cuestión puede resolverse de modo más directo: a petición de parte, podrá decretarse el cumplimiento sustitutorio que prevén los arts. 924 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento civil y

⁽⁵⁵⁾ He podido manejar su texto por gentileza de la compañera M.C. REDONDO SANZ.

⁽⁵⁶⁾ Su texto aparece transcrito en F. GARCIA GIL, *La separación y el divorcio en la jurisprudencia*, Zaragoza 1989, págs. 272-273.

⁽⁵⁷⁾ El comprador era una sociedad anónima formada ocho días antes de dictarse el Auto de medidas provisionalísimas por el Letrado director del marido con el 99% de las acciones, siendo titular del mínimo resto el hermano de ese Letrado y otra persona; y todo ello siendo el precio de venta 3.500.000 ptas. cuando el inmueble en cuestión estaba valorado en 39.000.000 de ptas.

18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en la propia fase, pues, de ejecución de sentencia y sin necesidad de tramitar un proceso de modificación de medidas, podría exigirse al otro cónyuge que facilite a la familia una vivienda de similares características, con el apercibimiento de que, de no hacerlo, se hará a su costa o se fijarán los daños y perjuicios producidos⁽⁵⁸⁾.

En aquellos otros supuestos en los que la pérdida —física o jurídica— de la vivienda no obedezca a una actuación voluntaria del excluido del uso, por contra, la solución razonable será acudir al trámite de modificación de medidas, dado que, en tales hipótesis, se habrá producido una variación sustancial de los presupuestos de la resolución judicial que obligará a replantear el conjunto del problema con plenas garantías para ambas partes.

Dada la naturaleza del derecho de uso atribuido judicialmente, en mi opinión, en aquellas ocasiones en las que la vivienda se pierda, pero surja el correlativo derecho del titular a ser indemnizado por un tercero⁽⁵⁹⁾, no procederá que el no titular participe en la indemnización que corresponda al titular⁽⁶⁰⁾ sino tener en cuenta la indemnización percibida para graduar la suma que debe satisfacer este último en sustitución de la prestación *in natura* que constituía el derecho de uso de la vivienda atribuido al no titular. De todos modos, si la indemnización fuere bastante para reconstruir una vivienda destruida o para adquirir otra similar, cabe considerar la opción de que, también en ejecución de sentencia, se decrete retener la indemnización para adscribirla a ese fin con intervención judicial.

D. La posible extinción por liquidación del régimen económico o de la comunidad de bienes existente entre los cónyuges.

- a) *El principio básico de que la liquidación del régimen económico o la división de la cosa común no extinguen, por sí mismas, el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente.*

El principio que se enuncia en el epígrafe —válido también para el caso de que la liquidación concluya con la venta a un tercero del inmueble que constitu-

⁽⁵⁸⁾ A.J. PEREZ MARTIN, *ob. cit.*, pág. 757, considera que el trámite de ejecución de sentencia es adecuado a los fines que se indican en el texto.

⁽⁵⁹⁾ Supuestos tales como el de una indemnización derivada de un siniestro protegido por seguro; igualmente en los casos de responsabilidad de un tercero solvente; o el más raro supuesto de indemnización por expropiación forzosa.

⁽⁶⁰⁾ En contra, J.J. RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid 1987, pág. 93, que sí entiende procedente esa participación, postura que es congruente con su calificación del derecho de uso como derecho real.

ye la vivienda familiar— es el resultado de una interesante evolución jurisprudencial en cuyo detalle pormenorizado no es posible entrar.

Digamos, sin embargo —a modo de síntesis— que, pensando que el ejercicio de la acción divisoria podía dar lugar a la eliminación del derecho de uso atribuido judicialmente si la vivienda era adquirida en subasta por un tercero, la interpretación inicial de diversos órganos jurisdiccionales se decantó por negar la viabilidad del ejercicio de la *actio communi dividundo* a no ser que previamente el Juzgado que había atribuido el derecho de uso o bien *modificara* esa medida, o bien *otorgara autorización* de venta conforme a lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 96 del C.C. El razonamiento básico que daba cobertura a esta solución consistía en entender que, a la postre, el ejercicio de la acción de división exigiendo la venta en subasta con admisión de licitadores extraños entraña una modalidad de acto de disposición reconducible a ese precepto legal. Exponente de esta postura fueron, por ejemplo, la *SAP de Barcelona, Sección 3.ª, de 11 de febrero de 1988* ⁽⁶¹⁾ y las *SSAP de Palma de Mallorca de 1 de diciembre de 1988* ⁽⁶²⁾ y *de 21 de junio de 1989* ⁽⁶³⁾, así como la *SAP de Barcelona, de 16 de mayo de 1989* ⁽⁶⁴⁾. Pero la doctrina contenida en las sentencias de Audiencias antes citadas, sin embargo, fue expresamente desautorizada por la *STS de 22 de septiembre de 1988* ⁽⁶⁵⁾.

Pues bien, actualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha quedado consolidada en la dirección de considerar viable la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, *aunque no se haya obtenido el consentimiento del beneficiario del derecho de uso o licencia judicial previa. Pero esa misma jurisprudencia deja constancia de que, tras el ejercicio de la acción divisoria, permanece el derecho de uso sobre la vivienda atribuido judicialmente, de modo tal que vincula a los eventuales adquirentes del inmueble.*

(61) *R.G.D.*, 1988, pág. 390.

(62) *R.G.D.*, 1990, pág. 746.

(63) *R.G.D.*, 1990, pág. 753.

(64) *R.G.D.*, 1989, pág. 7026. Cabe destacar que la *SAP* de Barcelona citada trataba un caso en el que ni siquiera había separación judicial, pues sólo existía una separación de hecho, lo cual hace más difícil sostener esta postura: con independencia de que sea discutible la aplicabilidad del art. 1320 del C.C. en territorio foral, en el peor de los casos, habría que entender implícitamente solicitada la licencia judicial por el mero hecho de entablar la acción divisoria, sin que en este supuesto cupiera alegar que la competencia para otorgar la licencia era del Juzgado de Familia que, sencillamente no había intervenido.

(65) *A. de Jurisprudencia*, núm. 6852.

En efecto, sin perjuicio de que cabría citar algún otro antecedente indirecto⁽⁶⁶⁾; la primera oportunidad en que el tema se abordó más directamente fue en la *STS de 22 de diciembre de 1992*⁽⁶⁷⁾, que entró a resolver un asunto en el que se contemplaba exactamente un caso de ejercicio de la acción de división de cosa común sobre la vivienda familiar⁽⁶⁸⁾; pero debe notarse que, en puridad, el TS no dijo entonces que el derecho de uso prevalecía *ex lege* tras el ejercicio de la acción divisoria; lo que exactamente proclamó es que no cabía bloquear la acción de división de la cosa común cuando el derecho de uso queda garantizado, lo que no es ciertamente lo mismo⁽⁶⁹⁾. Una posterior *STS de 20 de mayo de*

(66) Como, p. ej., la *STS de 31 de octubre de 1989*, en *A. de Jurisprudencia*, núm. 7040.

(67) *A. de Jurisprudencia*, núm. 10684.

(68) En concreto, se trataba allí de un piso que era copropiedad de ambos cónyuges, de vecindad catalana, y había sido atribuido en uso a la esposa, bajo cuya custodia estaban las hijas menores.

La Audiencia de Tarragona dio lugar a la división del inmueble mediante su venta y reparto del precio, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de los copropietarios con indemnización al otro, “sin perjuicio del derecho a su uso y ocupación a la esposa e hijas”. Recurrió en casación la esposa ante el TS, alegando que no se había observado lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 96 del C.C.

El recurso fue resuelto señalando el TS “en cuanto al art. 96 del Código civil, se tiene que los requisitos establecidos en su párrafo cuarto para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular no son exigibles cuando aquélla es copropiedad de ambos excónyuges, pues ha de prevalecer —en cuanto a la cesación de la comunidad— el criterio inspirador del art. 400 del C.C., fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión”. La Sentencia reiteraba así la innecesariedad de previa licencia judicial para el ejercicio de la *actio communi dividundo* que ya había proclamado la *STS de 22 de septiembre de 1988*. Pero, lo que es más importante, añadía esta Sentencia que el mandato contenido en el art. 400 del Código civil es vinculante “sin que sea suficiente para desconocerlo la medida adoptada a consecuencia del divorcio, siempre y cuando, como aquí sucede, al constar expresamente en la Sentencia recurrida en ejecución de la cual podría producirse la venta (art. 404 del C.C.) se garantice el derecho dimanante de aquélla (se refiere al derecho de uso sobre la vivienda), por lo que la sentencia impugnada no infringe el art. 96 ni tampoco, desde la perspectiva constitucional, cuanto deriva de la protección a la familia y, en particular, a los hijos menores”.

(69) Así las cosas, parecía razonable la interpretación de S. GARCIA MAURIÑO y V. DEL CARPIO FIESTAS, en “Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*”, *A.C.*, núm. 5 de 1995, págs. 84 y 93, que sostenían que la falta de previa licencia judicial —que consideraban, sin duda, exigible como requisito previo al ejercicio de la *actio communi dividundo* en el caso de que falte el consentimiento del beneficiario del derecho de uso— podría no ser un obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción divisoria precisamente en el caso de que el solicitante ofreciera garantías expresas y suficientes sobre la permanencia del grupo familiar en la vivienda.

1993⁽⁷⁰⁾, aunque enfocó el problema planteado desde la perspectiva procesal de la congruencia, vino a señalar de forma implícita que el derecho de uso permanecía tras la acción de división, como permanece un derecho real. Por su parte, la STS de 14 de junio de 1993⁽⁷¹⁾, se encargó de puntualizar que la antes citada STS de 22 de septiembre de 1988 *no significaba en modo alguno que la venta de la vivienda trajera o no como consecuencia la alteración del derecho de uso acordado por el Juez*. Pero finalmente —y sobre todo— ha sido la STS de 14 de julio de 1994⁽⁷²⁾ la que ha venido a fijar en términos explícitos la dirección jurisprudencial de considerar viable la acción de división sobre cosa común que verse sobre una vivienda familiar, aunque no se haya obtenido el consentimiento del beneficiario del derecho de uso atribuido judicialmente —o la previa licencia judicial— *pero compatibilizando el ejercicio de la acción divisoria con la subsistencia de ese derecho de uso*.

En efecto, esta Sentencia contemplaba un caso en el que, tras haberse atribuido a la esposa el uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial, el marido entabló la *actio communi dividundo*, pidiendo la enajenación de la vivienda y reparto de su precio al 50%. La esposa impugnaba ante el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia —confirmatoria de la del Juzgado— que había estimado la acción divisoria en los términos pedidos por el demandante; la base del recurso era la supuesta violación de los arts. 96 y 405 del Código civil y la aplicación indebida de los arts. 400, 401 y 404 del mismo Código.

El Tribunal Supremo reconduce el problema señalando que, en síntesis, los motivos de casación “pretenden que cualquiera que sea el contenido dispositivo de la sentencia recurrida, en caso alguno pueda afectar su ejecución al derecho de uso de la vivienda familiar otorgado a la parte recurrente”, objetivo que, según esta sentencia, “ha de aceptarse”⁽⁷³⁾. Según el TS, es indiscutible el derecho de pedir y obtener la división de la cosa común; pero añade que, habiéndose atribuido a la esposa el uso de la vivienda familiar, es preciso “coordinar o compaginar” el “derecho divisorio accionado con base a los arts. 400 y ss. del CC, en el sentido pragmático de que, aun cuando se reconozca este derecho, y se proceda, incluso, a la ejecución divisoria de lo así acordado, *en caso alguno ello puede afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges*”; y cita la STS de 22 de diciembre de 1992, de la que transcribe un largo párrafo⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁰⁾ A. de Jurisprudencia, núm. 3807.

⁽⁷¹⁾ A. de Jurisprudencia, núm. 4832.

⁽⁷²⁾ A. de Jurisprudencia, núm. 6439.

⁽⁷³⁾ F.J. segundo, *in medio*.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. F.J. segundo, *in fine*.

La doctrina sentada por el TS, pues, no ofrece duda, aunque no deja de suscitar serias perplejidades doctrinales acerca de los fundamentos que ofrece⁽⁷⁵⁾. Y puede afirmarse que el tema es hoy pacífico y de rara uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un buen exponente de ello es la *STS de 14 de marzo de 1997*⁽⁷⁶⁾, que parece dar el tema por definitivamente zanjado, ya que, terminante y concisamente, se señala en ella que la posesión y uso de la vivienda familiar es “independiente de la adjudicación” que se haga en la liquidación de la sociedad de gananciales, que por sí sola no les afecta.

Esta es hoy, por lo demás, doctrina común de las Audiencias Provinciales. Así, la *SAP de Logroño, de 14 de marzo de 1992*⁽⁷⁷⁾, la *SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 12 de mayo de 1993*⁽⁷⁸⁾; en el mismo sentido, la *SAP de Navarra, de 14 de septiembre de 1993*⁽⁷⁹⁾ y la *SAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 16 de diciembre de 1993*⁽⁸⁰⁾, entre otras.

(75) Para empezar, no deja de sorprender que esta sentencia —que parece negar el carácter real del derecho de uso atribuido judicialmente— traiga a colación más adelante la STS de 20 de mayo de 1993 —que, según creo, parecía inclinarse con claridad por la calificación como derecho real del derecho de uso atribuido judicialmente sobre la vivienda familiar— y no mencione en cambio la mucho más próxima en el tiempo STS de 29 de abril de 1994, que descartaba precisamente calificar como derecho real al atribuido *ex art. 96 del Código civil*.

Por cierto, dice la Sentencia que, con este planteamiento, “no hay necesidad de compulsar una alegación tendente a confirmar lo resuelto, en base a lo dispuesto en el art. 405, y cuestionar el carácter o no de tercero (*sin que ello impida afirmar, categóricamente, que el consorte no es tercero a esos efectos por ser ‘per se’ un copropietario de partida*), que ostenta la esposa recurrente, pues *evidente es* que el supuesto de hecho contemplado sobre la indemnidad de los derechos de ese ‘tercero’, *no están referidos* a la condición de parte interesada y afectada por el ejercicio de la ‘*actio communi dividundo*’, a que se contrae el supuesto de hecho contemplado en susodicho artículo 96” (F.J. tercero).

Personalmente opino que, desde el punto de vista doctrinal, las afirmaciones de la Sentencia antes transcritas, aparte de resultar difícilmente compatibilizables con otros pronunciamientos del mismo Alto Tribunal, no son especialmente convincentes. Y desde luego discrepo de la contundencia con la que —aunque sea como *obiter dictum*— se niega a los fines del art. 405 del C.C. la condición de “tercero” al cónyuge copropietario al que se ha atribuido judicialmente el derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial.

(76) *A. de Jurisprudencia* núm. marginal 1937.

(77) *A. Civil*, núm. 419.

(78) *A. Civil*, núm. 1181.

(79) *A. Civil*, núm. 1683.

(80) La copia que he utilizado de esta Sentencia me fue amablemente aportada en su momento por X. PEREZ-CALONGE

Incluso cabe citar algún supuesto en que alguna Audiencia Provincial ha hecho una interpretación extensiva de la anterior doctrina para llegar al extremo de ... ¡dejar a salvo un derecho de uso no nacido! Tal es el caso de la *SAP de Almería de 20 de junio de 1994* ⁽⁸¹⁾ que, en un supuesto en el que, tras haberse otorgado por los cónyuges capitulaciones matrimoniales pactando separación de bienes, el marido ejercitó la acción divisoria, sin que ninguno de los cónyuges instara un pleito matrimonial; la Audiencia decidió que “no es posible estimar la pretensión de que se pueda enajenar la vivienda que constituye dicho domicilio mientras el matrimonio subsista desde un punto de vista jurídico y no se haya pronunciado una resolución judicial sobre el uso de dicha vivienda. De admitir lo contrario se haría una valoración de las circunstancias concurrentes que es propia de un proceso matrimonial. Pero lo anteriormente razonado no debe impedir que el referido derecho a salir de la indivisión puede verse totalmente limitado por la salvaguardia del domicilio conyugal, por lo que aplicando la doctrina de nuestro más alto Tribunal, *se puede admitir la posibilidad de venta de la vivienda que constituye el domicilio conyugal, siempre que se deje a salvo el derecho del cónyuge que la habita a permanecer en la misma hasta tanto subsista el matrimonio (!) y/o se resuelva judicialmente la crisis matrimonial, en cuyo caso habría que atender a lo dispuesto en la correspondiente sentencia (!!)”*

Pero, en sentido inverso, no faltan sentencias recientes de Audiencias Provinciales que continúan negando la viabilidad del ejercicio de la acción divisoria cuando existe un pronunciamiento por el que se adjudique un derecho de uso *ex art. 96 del C.C.*, de modo que se exige modificar ese pronunciamiento o bien obtener previa autorización judicial antes de iniciar la acción. Así, la *SAP de Cantabria de 2 de enero de 1996* ⁽⁸²⁾ ha denegado el ejercicio de la acción de división de la cosa común por entender que, atribuida previamente en uso la vivienda familiar, resulta presupuesto de la acción la previa autorización del titular de tal derecho o, en su defecto, autorización judicial, que no puede entenderse tácitamente pedida por el mero hecho de ejercitarse la acción divisoria y que tampoco puede concederse por órgano jurisdiccional distinto al juzgado que determinó el derecho de uso.

b) *Los supuestos en los que la liquidación del régimen económico sí supone la extinción del derecho de uso.*

Si, en principio, al igual que la acción de división de la cosa común, la liquidación del régimen económico matrimonial, sea éste el que fuere, no afecta

⁽⁸¹⁾ A. Civil, núm. 1090.

⁽⁸²⁾ A. Civil, núm. marginal 111.

por sí misma a la subsistencia del derecho de uso sobre la vivienda familiar ha de puntualizarse que, no obstante, hay dos supuestos en los que sí puede redundar en último extremo en la extinción del derecho y además de forma automática. Veámoslo:

1. La liquidación como límite impuesto al derecho de uso en la propia sentencia:

Uno de esos supuestos es, a mi juicio, el de que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se hubiera hecho por la sentencia que decide el pleito matrimonial “hasta la liquidación de la sociedad conyugal”, “hasta que se adjudique definitivamente dicho bien” o con cualquier otra expresión semejante, pero equivalentemente explícita, bien a uno de los cónyuges⁽⁸³⁾, bien alternativamente por años —o por meses— a cada uno de los litigantes⁽⁸⁴⁾.

En casos así ha de concluirse que, terminada la liquidación de los bienes comunes, el derecho de uso cesa también *eo ipso*, sin necesidad de tramitar un procedimiento de modificación de medidas; y ello por la sencilla razón de que aquí nos encontramos ante un supuesto en el que, en definitiva, la resolución judicial fijó un plazo al derecho de uso: el “tiempo que prudencialmente se fije” de que habla el art. 96 del Código civil no tiene por qué ser un plazo por años o a fecha determinada; basta con que sea determinable.

(83) Expresiones de este tipo pueden verse, por ejemplo, en la *SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 17 de noviembre de 1989 (R.J.C., 1990, III, pág. 301)* y de *22 de diciembre del mismo año (R.J.C., 1990, III, pág. 303)*. Pueden verse otros ejemplos en F. ELORRIAGA DE BONIS, *ob. cit.*, pág. 561.

Las fórmulas mencionadas suelen aparecer en supuestos en los que, no habiendo hijos, tampoco se encuentran motivos especiales para atribuir a uno de los cónyuges en cuanto tal el derecho de uso sobre la vivienda familiar pero, o bien se aprecia que uno de ellos tiene cierta situación de inferioridad con respecto al otro, o bien se estima esta fórmula menos perturbadora que la de no atribuir en concreto a ninguno de los esposos el uso de la vivienda ganancial o propiedad común.

(84) Utilizan esta fórmula, por ejemplo, las *SSAP de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de julio, 8 de octubre y 5 de noviembre de 1992*, transcritas en E. HIJAS, *ob. cit.*, págs. 193 a 195; también otra de la misma Audiencia y *Sección de 15 de octubre del mismo año* (fuente propia); fórmula semejante es la de la *SAP de Bilbao, Sección 2.ª, de 30 de octubre de 1989 (R.G.D., núm. 552, pág. 7060)*, con manejo de plazos alternativos inferiores al año. Estas resoluciones pueden responder a una mayor perplejidad del órgano jurisdiccional sobre cuál de los litigantes represente el interés más necesitado de protección; con ellas, por otra parte, puede estar estimulándose indirectamente un más pronto acuerdo que elimine tan seguramente molesta alternancia.

2. La posible adjudicación de los derechos sobre la vivienda en pago del haber que corresponde al usuario.

El otro supuesto en el que indirectamente la liquidación de los bienes comunes puede dar lugar a la extinción del derecho de uso es el caso de que la liquidación concluya con la adjudicación de los derechos sobre la vivienda familiar al cónyuge que sólo tenía previamente el derecho de uso. En efecto, en este caso se produce una *extinción por confusión*; de modo que la adjudicación al usuario de los derechos que antes de la liquidación correspondían a los dos o al otro absorbe o elimina el derecho de uso, al igual que ocurre cuando las obligaciones se extinguen por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor⁽⁸⁵⁾ o como sucede con la adquisición del pleno dominio de un inmueble sobre el que previamente correspondían al adquirente derechos reales limitados, que extingue éstos⁽⁸⁶⁾.

Conviene advertir que, en tal supuesto, la propiedad se adquiere sin limitación posesoria ni de disposición de clase alguna⁽⁸⁷⁾. En efecto, el art. 96 exige el consentimiento de ambas partes o autorización judicial sólo en los casos en que el uso de la vivienda “corresponda al cónyuge no titular”; y ese no sería el supuesto ante el que aquí nos encontraríamos. Por otra parte, el límite del art. 1320, cuando también exige consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial supletoria, se refiere a la disposición de los derechos sobre la “vivienda habitual”, que puede no ser lo mismo que la “vivienda familiar”; existiendo, además, una norma específica para los supuestos de crisis conyugal —el art. 96 del C.C.—, en aplicación del principio *lex specialis derogat lege generali*, entiendo que ha de interpretarse que el art. 1320 del C.C. no rige en tales casos⁽⁸⁸⁾.

En mi criterio, en fin, el límite a las facultades de disposición que establece el art. 96, párrafo cuarto, del C.C. desaparece para el adjudicatario con la extin-

(85) Cfr. arts. 1156 y 1192 del C.C.

(86) Cfr. art. 513.3.º del C.C.

(87) Tal es la interpretación, por ejemplo, de J.A. CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales, causas, hijos vivienda y pensiones*, Madrid 1991, pág. 376, que aduce la *SAP de Bilbao de 24 de febrero de 1983* y la *SAP de Palma de Mallorca de 12 de julio de 1988*.

(88) Por otra parte, con independencia de que parece opinión doctrinalmente más segura la de que no cabe aplicar el art. 1320 del C.C. en los regímenes forales (vid. a este respecto, p. ej., F. SANCHO REBULLIDA - E. RUBIO TORRANO, “El concepto y el régimen de la ‘vivienda familiar’ del Código civil en los Derechos forales y en el Derecho agrario”, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona 1986, pág. 314), el precepto textualmente no contemplaría los supuestos de divorcio o nulidad, pues habla de “cónyuges” y no de “partes”, como, en cambio, hace el art. 96.

ción por confusión del derecho de uso, no obstante la posibilidad abstracta de que, por variación de las circunstancias —por ejemplo, por un posible cambio de custodia de los hijos— pudiera más adelante atribuirse en uso al otro litigante la vivienda en cuestión: sólo si esa posibilidad teórica llegara a plasmarse en una efectiva resolución judicial modificatoria surgiría la limitación dispositiva del art. 96; mientras esto no ocurra, a mi juicio, no cabe imponer cortapisa alguna a las facultades del titular.

Este supuesto de extinción del derecho por confusión no es, en la práctica, nada infrecuente. En efecto, aunque en trance de liquidación del régimen económico conyugal ningún precepto atribuye al beneficiario del derecho de uso preferencia en la adjudicación de la vivienda familiar, lo cierto es que existe una cierta propensión de los órganos jurisdiccionales a comportarse *de facto* como si esa preferencia existiera; esa propensión ha tenido reflejo incluso en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como las *SSTS de 3 de enero de 1990*⁽⁸⁹⁾, *de 1 de julio de 1991*⁽⁹⁰⁾ y, de modo mucho más claro, la *de 14 de junio de 1993*⁽⁹¹⁾.

3. Compensación procedente en caso de extinción del derecho de uso por adjudicación de la vivienda en la liquidación.

La adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar a uno de los cónyuges puede desencadenar la necesidad de revisar las medidas referentes a las prestaciones económicas, para indemnizar adecuadamente al adjudicatario del gravamen que supone el tener que soportar el derecho de uso que afecta a la vivienda.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que, si se atribuyó en uso a uno de los cónyuges un inmueble que era común antes de la liquidación y posteriormente ese bien se le adjudica como privativo mientras que el otro litigante recibe bienes distintos con los que no habrá de atenderse al cobijo de la familia, a partir de ese momento sólo una de las partes va a soportar esa carga: precisamente el

⁽⁸⁹⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. 31.

⁽⁹⁰⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. 5314.

⁽⁹¹⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. 4832. Esta STS desestimó el recurso de casación interpuesto por el varón, que impugnaba con fundamento en el art. 1061 del Código civil, la partición que, con ciertas compensaciones, había adjudicado a la esposa la vivienda. Señaló la Sentencia que “si bien al partir los contadores han de procurar cumplir el art. 1061, ello siempre será sobre la base de que ‘sea posible’, como expresa el precepto citado, al cual sigue el 1062, que permite adjudicar a uno de los partícipes una cosa cuando, como el piso de autos, sea indivisible o desmerezca mucho con su división, sin que sea aconsejable aquí la venta en pública subasta dada la sujeción del uso a que constituya vivienda de los hijos y la esposa, por lo que es atinado permitir la adjudicación a la esposa, que puede compensarse con dinero u otros bienes”.

adjudicatario del bien. Vista la cuestión desde otra perspectiva el resultado es igual: si uno de los elementos que se tuvo presente en la fijación de la cuantía de las prestaciones económicas en metálico era que el adjudicatario del derecho de uso recibía por esta vía una prestación *in natura* ⁽⁹²⁾, practicada que sea la liquidación ocurrirá que la totalidad de esa prestación *in natura* antes soportada de forma compartida, en lo sucesivo la asumirá íntegramente el adjudicatario con sus propios bienes, rompiéndose así el equilibrio de las prestaciones que se hubieran fijado en metálico ⁽⁹³⁾.

Un ejemplo puede poner gráficamente de manifiesto lo que vengo diciendo. Imaginemos un caso en el que a la sociedad de gananciales pertenece, además de la vivienda familiar, un paquete de valores y depósitos bancarios por un total equivalente al precio de mercado de la vivienda familiar; si en el proceso matrimonial se atribuye a la esposa la custodia de los hijos, lo lógico será que se le otorgue también el uso de la vivienda familiar; y, siendo gananciales los valores y depósitos, así como sus frutos, lo normal será que el Juzgado decida que, mientras no se liquide la sociedad de gananciales, las rentas se repartan al 50%. Pues bien, si en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudica a la esposa la vivienda familiar y al marido los valores y depósitos, es evidente que, a partir de ese momento, la esposa tendrá que soportar a sus solas expensas el mantenimiento de los hijos en un bien que a ella corresponde en exclusiva, mientras que pierde el 50% de los frutos de los bienes comunes que, en lo sucesivo, el marido hará suyos; y, de este modo, pueden quedar descompensadas las prestaciones económicas determinadas en el proceso matrimonial previo, que seguramente habrá tenido en cuenta el reparto de los frutos y rentas gananciales a la hora de concretar la cuantía de las aportaciones.

En principio, un modo de evitar el desajuste de prestaciones 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.

⁽⁹²⁾ Raro será el caso en que —explícita o implícitamente, esa es otra cuestión— esa atribución de uso no se haya tenido presente a estos fines.

⁽⁹³⁾ Ya se comprende que el razonamiento es inverso en el caso de que el adjudicatario de la vivienda resultara ser el no beneficiario del derecho de uso: en ese caso, el cónyuge beneficiario del derecho de uso, además de recibir bienes en pleno dominio, seguiría utilizando una vivienda que, siendo anteriormente cosa común, ahora sería totalmente privativa del otro cónyuge. O, lo que es igual: mientras antes de la liquidación ambas partes eran las que atendían a la necesidad familiar, tal necesidad sería exclusivamente atendida por el adjudicatario del bien no usuario, hecha la liquidación. En definitiva, en esta hipótesis no desaparece por confusión el derecho de uso, y procede compensar al adjudicatario de la vivienda no beneficiario del derecho de uso.

Sin embargo, con independencia de la dificultad que podría tener esa valoración⁽⁹⁴⁾, es lo cierto que tal vía parece haber quedado descartada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al menos en aquellos casos en que la liquidación se practique en forma contenciosa. Efectivamente, según las *SSTS de 23 de diciembre de 1993*⁽⁹⁵⁾, *29 de abril de 1994*⁽⁹⁶⁾, *14 de julio también de 1994*⁽⁹⁷⁾, *4 de abril de 1997*⁽⁹⁸⁾ y *23 de enero de 1998*⁽⁹⁹⁾, no procede valorar en la liquidación de la sociedad conyugal el derecho de uso atribuido judicialmente. Doctrina ésta que es seguida por diversas resoluciones de Audiencias provinciales, como por ejemplo en las *SSAP de Sevilla de 16 de noviembre de 1992*⁽¹⁰⁰⁾, *de Asturias de 23 de enero de 1997*⁽¹⁰¹⁾ y *de Huesca de 19 de diciembre de 1997*⁽¹⁰²⁾. Causa así cierta perplejidad que un bien que quedó o queda gravado de manera indefinida —incluso en algunos casos de forma más intensa que si sobre él pesara un derecho real— deba valorarse como si se tratara de un bien enteramente libre.

Ante esa jurisprudencia, tras la práctica de la liquidación, la alternativa que queda en estos casos es promover el oportuno procedimiento de modificación de medidas para lograr la variación del *quantum* de las prestaciones económicas en metálico fijadas con anterioridad. Esta es la solución que viene a proponer la STS de 29 de abril de 1994, aunque no lo diga directamente sino de forma un tanto elíptica⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁴⁾ Dificultad, en cualquier caso no insalvable: es semejante a la que presenta la valoración del usufructo o cualquier otro derecho real limitado, para cuyos supuestos incluso las leyes fiscales ofrecen criterios de tipo matemático.

⁽⁹⁵⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 10113.

⁽⁹⁶⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 2945.

⁽⁹⁷⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 6439.

⁽⁹⁸⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 2636.

⁽⁹⁹⁾ *A. de Jurisprudencia*, núm. marginal 151.

⁽¹⁰⁰⁾ *A. Civil*, núm. marginal 1595.

⁽¹⁰¹⁾ *A. Civil*, núm. marginal 197.

⁽¹⁰²⁾ *A. Civil*, núm. marginal 2440.

⁽¹⁰³⁾ Tras sostener esta Sentencia que el derecho de uso atribuido judicialmente no es un derecho real —y que, por tanto, no procede minusvalorar el inmueble al que se refiera como si estuviera afectado por una carga— destaca que la esposa adjudicataria del derecho de uso, primero, y del dominio de la vivienda, después, “también tiene que contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, valorándose como tal el trabajo que dedique a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad, *pudiendo valorarse igualmente*

Sin embargo, he de anotar que varios pronunciamientos recientes —por ahora, sólo de Audiencias provinciales— siguen una vía, a mi juicio, mucho más lógica: evitan precisamente esa complicación litigiosa que obligaría a iniciar un nuevo pleito apenas se ha concluido el de liquidación de gananciales —habitualmente es largo y costoso— *valorando en el trámite de liquidación el derecho de uso que afecta a la vivienda familiar*. Tal ha sido la postura que han adoptado la *SAP de Zamora de 8 de marzo de 1997*⁽¹⁰⁴⁾, la *SAP de Alava de 15 de septiembre de 1997*⁽¹⁰⁵⁾ y, más recientemente, la *SAP de Guadalajara de 16 de junio de 1998*⁽¹⁰⁶⁾.

en tal concepto el que usen su vivienda dichos hijos, pero resultando indiscutible que todas las medidas adoptadas al respecto corresponde acordarlas... al Juzgador de instancia... por lo que ha de pedirse ésta (su modificación) al Juez de la separación que adoptó tales medidas, quien ponderará la variación de las circunstancias para modificarlas o no”.

⁽¹⁰⁴⁾ *Actualidad civil*, @ 707/1997. La Sentencia argumenta que la “carga que pesa sobre la vivienda adjudicada a uno de los cónyuges deben soportarla, en principio, ambos cónyuges, lo que sólo se conseguirá valorando dicho derecho de uso como una carga de la sociedad a deducir del activo con las consecuencias siguientes en el supuesto de adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda: soportar la carga que pesa sobre el bien inmueble adjudicado y disminución del valor de los bienes adjudicados al otro cónyuge o, en su caso, el crédito que tenga contra el cónyuge adjudicatario de la vivienda...”; añade que, para el caso de que se opte por la acción de división de la cosa común, “... una vez realizada la valoración de tal derecho de uso se deberá hacer constar expresamente la carga consistente en tal uso a favor de la esposa e hijo, según conste en sentencia de separación conyugal, procediendo con tal carga y su valor a la división del inmueble mediante subasta pública, salvo que la esposa se lo adjudique abonando al esposo el valor establecido”.

⁽¹⁰⁵⁾ *A. Civil*, núm. marginal 1879. Esta Sentencia estipuló que el valor del derecho de uso se contabiliza teniendo en cuenta la edad del más joven de los hijos beneficiarios, estimando que la edad a la que estadísticamente abandonan el hogar es hacia los 28 años, en la actualidad. Rechaza, en cambio, que se acuda al criterio de la edad de la esposa, por entender que cuando el último de los hijos abandone el hogar, también cesa el derecho de la esposa a ocupar la vivienda.

⁽¹⁰⁶⁾ Fuente propia. Esta Sentencia revocó la dictada por el Juzgado, que había prescindido de valorar el derecho de uso atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar. Razona que “debe ser objeto de valoración, a los fines de deducirlos del activo de la sociedad de gananciales, el uso de la vivienda concedido a favor de uno de los cónyuges e hijos comunes del matrimonio en la separación matrimonial, pues, de una parte, el derecho de uso de los hijos subsiste aun después de la decisión y adjudicación de los bienes que componen la sociedad de gananciales y, por otro lado, esa carga que pesa sobre la vivienda adjudicada a uno de los cónyuges deben soportarla por mitad ambos cónyuges, lo que se consigue valorando dicho derecho de uso como una carga de la sociedad a deducir del activo, con las consecuencias en el supuesto de adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda: soportar la carga que pesa sobre el bien inmueble adjudicado y disminución del valor de los bienes adjudicados al otro cónyuge o, en su caso, el crédito que tenga contra el cónyuge

La valoración —de uno u otro modo— del derecho de uso sobre la vivienda familiar es, por lo demás, el criterio que se sigue cuando se llega a una solución por vía negociada de la liquidación de los gananciales. En especial, si el pacto es global, implícita o explícitamente se tiene en cuenta el valor de ese derecho, pues ambas partes son conscientes de que quien ostente la custodia de los hijos obtendrá el uso de la vivienda familiar por más largo o más corto espacio de tiempo, según la edad de los hijos; y para todos es manifiesto que no es el mismo valor el que cabe atribuir a un inmueble si queda sujeto a ese derecho de uso que si estuviera libre. Así las cosas, cabe concluir que, a diferencia de lo que ocurre con las liquidaciones tramitadas por vía contenciosa, salvo que con claridad conste lo contrario, en los supuestos de liquidación consensual de los bienes comunes, no procederá una compensación que indemnice la extinción por confusión del derecho de uso debido a que, por lo dicho, esa compensación ya habrá sido tomada en cuenta en la liquidación misma.

E. La extinción del derecho de uso por otras causas.

Los motivos hasta aquí examinados son los que probablemente se presentan con más asiduidad en la práctica. Cabe observar que a alguno de ellos serían reconducibles —en su caso, con unos u otros matices— prácticamente todos los supuestos contemplados en el C.C. como causa de extinción de los derechos reales limitados⁽¹⁰⁷⁾, excepto quizá tres, a los que me referiré brevemente a continuación, pues constituyen situaciones no especialmente frecuentes en los litigios interconyugales pero que, desde luego, tampoco son en ellos desconocidas: la eventual renuncia del usuario y la muerte de éste o la del titular no usuario.

adjudicatario de la vivienda. Si al dividir la sociedad se adjudica a la esposa la vivienda familiar como ocurre en el presente caso, se confunde en la esposa la condición de usuaria de la vivienda, en base a la sentencia de separación matrimonial, y la cualidad de propietaria, en virtud de la división de la sociedad de gananciales; y puesto que ella ha de soportar el derecho de uso de los hijos comunes sobre el bien inmueble adjudicado, es lógico que se valore dicho derecho soportando ambos cónyuges el menor valor del bien inmueble. Si no fuera así, es indudable que la adjudicataria del inmueble resultaría perjudicada frente a su esposo pues el bien tendría una carga, mientras que el crédito resultante de la división a favor del esposo y a cargo de la esposa no habría sufrido ninguna disminución”.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. los arts. 529, 513 del C.C. Alguno de esos motivos, sin embargo, difícilísimamente podrían operar. Por ejemplo, no es probable que se dé en la práctica algún supuesto de pérdida del derecho por prescripción: bastará una falta de utilización de la vivienda familiar por el beneficiario durante plazo mucho más corto que el exigido para la prescripción extintiva de los derechos reales para que prospere una solicitud de modificación de medidas con fundamento en hechos posteriores, a través de la cual se obtenga que quede sin efecto la atribución del derecho de uso del art. 96 del C.C.

a) *La renuncia del beneficiario.*

Han de distinguirse aquí dos hipótesis bien diferenciadas, según que la atribución del derecho de uso se haya hecho en consideración a la existencia de hijos menores de edad o sólo en contemplación del cónyuge sin hijos, al que se reputa encarna el interés más necesitado de protección.

En efecto, no existiendo hijos, no parece dudosa la renunciabilidad plena de este derecho en las mismas condiciones que sería renunciable cualquier otro, es decir, siempre que la renuncia no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros⁽¹⁰⁸⁾.

En cambio, cuando con el beneficiario conviven hijos, en mi opinión, la sola renuncia de éste no puede surtir efectos por sí misma, siendo precisa la aprobación judicial, que tampoco tiene que ser automática. Pues, aun partiendo de la base de que también en este caso el titular del derecho de uso sobre la vivienda es el cónyuge y no los hijos⁽¹⁰⁹⁾, del mismo modo que, por ejemplo, no puede renunciarse a los alimentos de hijos menores de edad, tampoco se puede renunciar a este derecho de uso que, en el supuesto que nos ocupa, tendría un fuerte componente de pensión alimenticia prestada *in natura*, como ya se ha indicado con anterioridad.

La renuncia implica, de todos modos, una variación de las medidas judiciales inherentes a la separación, divorcio o nulidad de matrimonio que, como tal, procesalmente ha de adaptarse al trámite judicial —consensual o contencioso, según los supuestos— que sea del caso. Pero la diferente naturaleza de los intereses en juego habrá de tenerse muy presente en la resolución judicial aprobatoria o denegatoria que se dicte: si no hay hijos, salvo supuestos muy especiales, la aprobación de la renuncia se impondrá, pues raro será el caso en que quepa apreciar que es contraria al interés o al orden público, que redunde en perjuicio de terceros o que es gravemente perjudicial para el renunciante⁽¹¹⁰⁾; en cambio,

⁽¹⁰⁸⁾ Art. 6.2 del C.C. Tal limitación ha de tenerse siempre presente de modo muy especial en los procesos matrimoniales, donde tan numerosos derechos no estrictamente individuales se involucran con frecuencia.

⁽¹⁰⁹⁾ No comparto la tesis de que, habiendo hijos, sean éstos los titulares del derecho de uso atribuido judicialmente. En mi opinión, los motivos de concesión o la necesidad de que el derecho atribuido se ejerza en beneficio de los hijos no significan que la titularidad del derecho corresponda a éstos.

⁽¹¹⁰⁾ Si así se apreciara, cabría aplicar la previsión del primer inciso del antepenúltimo párrafo del art. 90 del C.C., motivando debidamente la denegación, a tenor del inciso inmediatamente siguiente del mismo precepto legal. Personalmente me encuentro entre quienes piensan que debe hacerse una interpretación especialmente restrictiva de esta facultad denegatoria.

si hay hijos, para que la aprobación sea factible —y, en consecuencia, para que la renuncia sea jurídicamente operativa— habrá de obtenerse la convicción de que no es dañosa para los intereses de éstos⁽¹¹¹⁾.

b) *La muerte del usuario.*

En principio ha de afirmarse que la muerte del beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente extingue tal derecho.

Nótese que, aun en el supuesto de que se caracterizara el derecho de uso sobre la vivienda familiar como derecho real limitado, la consecuencia que el C.C. asigna en esa sede a la muerte es la extinción del derecho de usufructo⁽¹¹²⁾ y, por extensión, de los derechos reales de uso y habitación⁽¹¹³⁾. Con mayor razón habría que llegar a la misma consecuencia si pensamos no estar en presencia de un derecho real; pues entonces hay aún más razones para sostener su carácter personalísimo y, consecuentemente, su intransmisibilidad.

Si el fallecido tuviera hijos a su cargo, pudiera pensarse, no obstante que cabría sostener la subsistencia del derecho en favor de esos hijos, especialmente cuando la resolución judicial los hubiera mencionado como beneficiarios⁽¹¹⁴⁾.

No lo entiendo así, pues estimo que, con independencia de que sea cierto que el uso de la vivienda pueda haberse atribuido al difunto en contemplación de los hijos, éste es el único titular del derecho adjudicado, sean cuales fueren las expresiones usadas en la resolución judicial⁽¹¹⁵⁾.

(111) Lo cual no significa que los hijos deban quedar tras la renuncia en igual o mejor situación, pues el art. 90 del C.C. no lo exige: usa una formulación negativa que lo que ciertamente excluye es la aprobación de acuerdos que puedan perjudicarles.

(112) Art. 513.1 del C.C.

(113) Art. 529 del C.C.

(114) Un planteamiento así no es infrecuentemente pretendido por los familiares del fallecido, que intentan que los hijos del difunto continúen separados del otro progenitor.

(115) Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que una cosa es que el derecho de uso se conceda y haya de ejercerse en atención a los hijos y en su beneficio y otra muy distinta que estos últimos sean o puedan ser los titulares del derecho.

Precisamente lo anómalo que resultaría el hecho de que, fallecido el progenitor beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda familiar, los hijos siguieran ocupando esa vivienda con exclusión del progenitor verdadero titular que hubiera tenido que salir de ella, constituye, a mi juicio, un argumento de no pequeño peso en contra de la tesis que pretende considerar a los hijos los titulares de este derecho. No es éste el único argumento en contra: si los hijos fueran los titulares, ¿podrían decidir que saliera de la vivienda el progenitor a cuya compañía fueron confiados?; ¿podrían, por el contrario, exigir que quien, según la resolución judicial, debería ser el no usuario pudiera habitar también en la vivienda?; ¿có-

Por lo demás, teleológicamente la atribución del derecho de uso —con la consecuente exclusión del titular de la vivienda— tiene sentido en las situaciones de crisis conyugal como fórmula que posibilite compatibilizar el cumplimiento de unas obligaciones con la necesidad de mantener una separación física de los que son o fueron cónyuges. Pero, fallecido el cónyuge beneficiario, no procede mantener la exclusión del titular, que podrá cumplir sus deberes al tiempo que disfruta del derecho que ostenta sobre la vivienda. Sucede aquí algo paralelo a lo que ocurre con las prestaciones en metálico⁽¹¹⁶⁾ de alimentos para los hijos: fallecido el progenitor que ostentaba la custodia de hijos menores, el supérstite queda en situación de atender directamente a los hijos, cuya custodia recupera, si son menores de edad, y cuyas necesidades satisfará manteniéndoles totalmente a sus expensas, sin determinación de cantidad concreta⁽¹¹⁷⁾.

mo habrían de resolverse las eventuales discrepancias de los hijos en el ejercicio del derecho de uso?; ¿y si hubiera empate? Páginas atrás se ha dejado citada la SAP de Sevilla de 26 de abril de 1993 que establece la, a mi juicio, correcta doctrina de que los hijos pueden decidir con cuál de sus progenitores convivirán, pero no pueden dirimir así a cuál de los cónyuges debe adjudicarse el uso de la vivienda familiar.

⁽¹¹⁶⁾ Como se ha dicho, cuando hay hijos, la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar es, en definitiva, la prestación *in natura* de la contribución a las cargas familiares que debe satisfacer aquel progenitor con quien los hijos no conviven.

⁽¹¹⁷⁾ Pese a lo dicho, no resulta imposible imaginar hipótesis en las que *excepcionalmente* pudiera ser procedente que, fallecido el progenitor al que se atribuyó el derecho de uso sobre la vivienda familiar, continúe la exclusión del otro. En efecto, como se recordará, antes de la actual redacción del art. 93 del C.C., la jurisprudencia reconoció que cuando un hijo alcanzaba la mayoría de edad y se veía en la precisión de solicitar alimentos a uno o ambos progenitores, podía haber casos en los que, precisamente por la imposibilidad moral de restaurar una convivencia rota con motivo del previo pleito de separación, quedara excluida la posibilidad genéricamente reconocida por el art. 149 del C.C. de que el demandado optara por prestarlos en su propia casa. De modo semejante, no parece que sea improcedente sostener que, fallecido tras un proceso matrimonial el progenitor beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda familiar con el que convivieran los hijos, pudieran solicitar éstos, *si fueran mayores de edad* y a través del oportuno juicio de alimentos, la prestación en especie del concepto “habitación” al que se refiere el art. 142 del C.C., *en casos de manifiesta inaceptabilidad de volver a convivir con el otro progenitor y con las debidas cautelas*. En especial, deberá cuidarse que el caso sea verdaderamente excepcional, de modo que no se convierta en una especie de prolongación automática del proceso matrimonial, tras la que quizá esté la influencia de terceros obcecados por inadecuados afanes de vindicta. También han de tomarse las medidas oportunas para que la fórmula no degenera en una especie de patente de corso para el hijo o hijos mayores de edad de matrimonios separados.

Tratándose de menores de edad, la singular fórmula antes contemplada no parece viable, salvo en aquellos casos en los que el progenitor titular de la vivienda hubiere sido pri-

c) *La muerte del titular del derecho base sobre la vivienda.*

Una cuestión bastante más compleja es la de si el derecho se extingue por muerte del titular de la vivienda.

Parece que en este punto habrá que particularizar distintos supuestos:

1. Fallecimiento del titular propietario.

Si se parte de la base de que, cuando el cónyuge excluido del uso es el propietario de la vivienda, el derecho que ostenta el adjudicatario del derecho de uso es un *derecho real*, la consecuencia que se impondría es la de que con la muerte del propietario el derecho no se extinguiría y sería oponible a los herederos. De hecho algún autor así lo sostiene⁽¹¹⁸⁾. Sin embargo, cabe señalar que calificar el derecho de uso como derecho real no es la única posibilidad teórica útil para sostener su transmisibilidad *mortis causa*: sobre el principio general de que el heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones⁽¹¹⁹⁾, aún el art. 1742 del C.C. proporcionaría un argumento complementario al señalar que las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos⁽¹²⁰⁾.

No creo, sin embargo, que la transmisibilidad del derecho de uso pueda sostenerse con carácter general. En mi opinión, está en estrecha dependencia con los motivos de su atribución.

En efecto, si la atribución del derecho de uso fue hecha en favor del cónyuge sin hijos, dado el fuerte matiz de pensión compensatoria prestada en especie que, a mi juicio, en este caso tendría, no veo dificultad en sostener que se transmite a los herederos del mismo modo en que se transmite la pensión compensatoria fijada en metálico y con el mismo límite de que habrá de reducirse o supri-

vado de la patria potestad, situación en la que, por contra, esta opción se presentaría como especialmente procedente.

En efecto, en el caso de que los hijos sean menores y el supérstite no hubiera sido privado de la patria potestad, la complicación técnica sería extrema: para empezar, probablemente habría que nombrarles un defensor judicial; pero no se ve el modo en que, salvo que también se les nombre un guardador o tutor, pueda permitirse que queden en la vivienda familiar sin la compañía del progenitor superviviente.

(118) Así, E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, T. II, vol. 1.º, Barcelona 1982, pág. 376.

(119) Cfr. art. 661 del C.C.

(120) Con la salvedad que allí se indica y que ciertamente es irrelevante a los fines que ahora se estudian.

mirse a tenor del párrafo segundo del art. 101 del C.C., si el caudal hereditario no bastara para pagar la deuda o afectara a las legítimas.

En el caso de que, existiendo hijos, además de haberse atribuido al supérstite el derecho de uso sobre la vivienda, se le hubiera fijado una pensión compensatoria, en mi opinión, también deberá entenderse que el derecho de uso habrá de ser respetado por los herederos junto con el pago de la pensión compensatoria, con los mismos límites antes señalados. Pues, en efecto, si se fijó una pensión compensatoria, con toda seguridad se habrá tenido en cuenta al fijar su cuantía el beneficio en especie que implica continuar en el uso de la vivienda⁽¹²¹⁾. Por lo tanto, entender extinguido sin más el derecho de uso implicaría reducir *de facto* la pensión compensatoria, contra la previsión del art. 101 del C.C., que sólo autoriza a hacerlo cuando la herencia no baste para pagar la deuda o cuando el pago de la pensión afecte a las legítimas. En definitiva, pues, también en este caso estimo que el derecho de uso no se extingue⁽¹²²⁾.

Podría pensarse, en fin, que, si los anteriores razonamientos conducen al mantenimiento *post mortem* del derecho de uso cuando no hay hijos o cuando las prestaciones que debía satisfacer en metálico el fallecido eran tanto en favor del cónyuge o excónyuge como de los hijos que quedaran en compañía de este último, *a fortiori* esas razones deberían valer para el supuesto de que la atribución del derecho de uso lo haya sido en favor de un cónyuge o excónyuge con hijos en su compañía sin fijación de pensión compensatoria en favor de aquél; pues, en tal caso, parecería de aplicación el principio del *favor filii*. No lo creo así, aunque seguramente el tema es discutible.

Me parecen de más peso las razones que avalan la extinción en este caso del derecho de uso. En efecto, cuando este derecho se determina sólo en función de que existan hijos que han de convivir con el no titular del derecho base sobre la vivienda, no hay ninguna razón jurídica para que, fallecido el titular, el supérstite conserve un uso que, con toda seguridad, sólo tenía la función instrumental de compatibilizar, de un lado, la posibilidad de que el titular sufragara *in natura* la parte de la prestación por alimentos que se concreta en procurar a los

(121) No es infrecuente en la práctica judicial que incluso se diga expresamente que la atribución del uso de la vivienda obliga a moderar la cuantía de la pensión compensatoria.

(122) Debo confesar, sin embargo, que, partiendo de la base de la coherencia de esta conclusión, parece poco justificable que semejante protección no se dispense al cónyuge supérstite en caso de que no haya preexistido al fallecimiento del otro esposo una crisis conyugal. Claro que, como hemos visto, ese mismo problema existe con carácter general en lo referente a la protección de la vivienda familiar, salvo en lo que se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge no titular para actos de disposición sobre la vivienda familiar, y ello con matices.

hijos alojamiento y, de otro lado, la necesidad de separar a los litigantes. La obligación alimenticia, por otra parte es no sólo personal sino, sobre todo, fundada en el parentesco, de modo que bien puede no existir ese título de la obligación entre los herederos del difunto y los hijos en cuya consideración se fijó el derecho de uso. En fin, mientras el C.C. ha dedicado un precepto legal a fijar la transmisibilidad a herederos de la pensión compensatoria, con respecto a la prestación alimenticia, establece el criterio opuesto: según prescribe el art. 150 del C.C., la obligación de prestar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestare en cumplimiento de una sentencia firme. Por tanto, extinguida jurídicamente esa obligación, no cabe teorizar sobre su posible transmisión a herederos.

No obstante todo lo anterior, ha de señalarse que, en el supuesto de que la vivienda familiar sea común y no se haya liquidado aún la sociedad de gananciales —o la sociedad de conquistas, en Navarra— lo que sí cabe es que el supérstite haga uso de los derechos que le reconocen los arts. 1406.4.º y 1407 del C.C. ⁽¹²³⁾. Según esas normas, puede exigir la adjudicación preferente en su haber, hasta donde éste alcance, de la vivienda donde tuviese su residencia habitual; recuérdese que el supérstite puede pedir, a su elección, que esa residencia habitual se le adjudique en propiedad o que se constituya sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación, abonando en dinero la eventual diferencia de adjudicación que se produzca con motivo del ejercicio de estos derechos. Nótese que, siendo claro que estos preceptos son operativos *sólo* “en caso de muerte del otro cónyuge”, a efectos prácticos, ha de destacarse que, con arreglo a la letra del precepto, también cabe entender la norma operativa *siempre* que la muerte de uno de los cónyuges se haya producido, *con tal de que en ese momento no haya tenido todavía lugar la liquidación de la sociedad conyugal*; pues el precepto no exige que la muerte sea la causa de la disolución de la comunidad.

2. Fallecimiento del titular de un derecho real restringido sobre la vivienda.

Ha de notarse que, en cambio, si el derecho real del titular no usuario de la vivienda era un derecho real restringido —en concreto, el derecho de usufructo o el derecho de habitación— el derecho de uso atribuido judicialmente se extinguirá en todo caso con la muerte del titular, precisamente porque el derecho

⁽¹²³⁾ Coincide sustancialmente con esos preceptos la Ley 91 de la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, actual Compilación de Derecho civil foral de Navarra.

base habrá desaparecido con el fallecimiento⁽¹²⁴⁾. A partir de ese momento, pese a alguna interesante propuesta doctrinal *de iure condendo*⁽¹²⁵⁾, ha de señalarse que, con la legislación vigente, los ocupantes quedan en situación técnica de precaristas.

3. Fallecimiento del titular arrendatario.

Entiendo que, si el título de ocupación consistía en un contrato de arrendamiento del que fuera titular el fallecido, sólo cabrá, en su caso, la subrogación del cónyuge usuario, que, por cierto, si no está excluida por otras razones, habrá que entender viable, a pesar de la redacción literal del art. 16.1.a) de la LAU, que utiliza la expresión “cónyuge” y exige “convivencia” en la vivienda. Una interpretación finalista del precepto debe incluir, además de al separado, al ex-cónyuge divorciado o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo; y entender cumplido el requisito de la convivencia habitual de que habla el artículo, desde el momento en que su falta está justificada por una sentencia judicial que atribuyó el uso exclusivo al supérstite. Ha de tenerse en cuenta que aquí de lo que se trata es de que esa persona continúe en la vivienda, no de que se incorpore a ella, (que es lo que básicamente parece querer excluir la norma).

Por lo demás, si el número de subrogaciones ya estaba agotado cuando se produce la muerte del titular, en mi opinión, ninguna incidencia tiene el hecho de que, antes del evento, se hubiera adjudicado en uso al cónyuge la vivienda arrendada pues, como ya se ha dicho, la atribución judicial del derecho de uso nada añade, en puridad, sobre los derechos que inicialmente ostentara el titular: concluye el derecho a permanecer en la vivienda, del mismo modo en que, de no haber separación, concluiría tras la muerte del último subrogado.

Respecto a este último punto, debe tenerse en cuenta que no es pacífico el modo en que deba computarse el número de subrogaciones cuando el arrendamiento se concierta constante matrimonio y es el cónyuge el que continúa en la vivienda arrendada tras la muerte del titular. En concreto una *SAP de Sevilla de*

(124) Cfr. art. 513, 1.º del C.C., para el usufructo. En virtud del art. 529 del C.C., la muerte del habitacionista será también causa de extinción del derecho de habitación, por remisión al art. 513.

(125) Así, J.I. FERNANDEZ DOMINGO, en su monografía *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid 1994, pág. 132, critica que, siendo las necesidades familiares las que dotan a los derechos de uso y habitación de su extensión cualitativa y cuantitativa, la muerte del usuario o habitacionista determine la extinción del derecho; propone que, fallecido el titular, los derechos deberían hacerse extensibles hasta la producción de otras circunstancias —como la mayoría de edad de los hijos o la mejora de fortuna— o, al menos, concederse un período transitorio, para evitar que el perjuicio económico que se origina a la familia se una al daño moral por la muerte del titular.

7 de julio de 1997⁽¹²⁶⁾ ha entendido que la subrogación que preveía el art. 58.4.º de la LAU de 1964 “debe entenderse limitada al supuesto en que el contrato de arrendamiento se concierta antes de haber contraído matrimonio el arrendatario y habiendo suscrito el contrato en su propio nombre y para sí, quedando fuera el supuesto de autos en el que quedó acreditado que los cónyuges contrajeron matrimonio con anterioridad a la celebración del contrato y desde un primer momento la pareja ocupó la vivienda arrendada”⁽¹²⁷⁾. Pero otra *SAP de Sevilla* también de 7 de julio de 1997⁽¹²⁸⁾ sigue la doctrina exactamente inversa “considerando esta Sala al respecto que pese a que el hogar familiar pertenezca a ambos cónyuges, eso no significa que ambos sean cotitulares del arrendamiento... ya que una cosa es que exista un determinado régimen económico matrimonial entre los mismos y una responsabilidad más o menos extensa de los bienes gananciales y otra, muy distinta, que lo hecho por uno haya de tenerse como realizado por ambos, dadas las graves disfunciones que se producirían en el tráfico jurídico ordinario de seguirse esta última tesis⁽¹²⁹⁾”.

4. Fallecimiento del titular de la vivienda cuyo derecho de ocupación derivaba de otros títulos.

Por la razón ya reiteradamente expuesta de que, en mi opinión, nada añade de cara a terceros el hecho de que se atribuya a uno de los cónyuges en proceso matrimonial el derecho de uso sobre la vivienda familiar, en los demás casos en

⁽¹²⁶⁾ A. civil, núm. marginal 1438. Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Márquez Romero.

⁽¹²⁷⁾ Como consecuencia de esta doctrina, la Sentencia rechazó, con imposición de costas, la pretensión del arrendador, que postulaba la resolución del contrato al no habersele hecho la comunicación correspondiente a la subrogación *post mortem*, ya que la continuidad de la esposa en la vivienda no se valoró como subrogación no comunicada sino como continuidad en el arrendamiento de la cotitular, *sin subrogación alguna*.

⁽¹²⁸⁾ A. civil, núm. marginal 1439. Esta vez el Ponente es otro: el Ilmo. Sr. D. José Gómez Salvago.

⁽¹²⁹⁾ La Sentencia razona, por lo demás, que no considera admisible prescindir de quién sea el titular formal de la relación jurídica, “ya con respecto del cónyuge no contratante que podría verse constreñido a soportar en exclusiva reclamaciones dimanantes de obligaciones en las que ninguna intervención tuvo, ya en cuanto al tercero contratante, que podría verse apremiado por una persona, cónyuge de quien celebró el contrato, con quien no le une relación alguna”. Considera, en fin, argumento esencial que tanto el art. 58 de la anterior LAU como el actual 16 de la vigente consideran al cónyuge como persona con derecho a subrogarse “lo que conlleva que ejercitado este derecho por el cónyuge del arrendatario inicial se produjo la primera de las subrogaciones”. Concluye así que, al haber habido en el caso tres subrogaciones, contando esa primera, el contrato queda resuelto, por lo que revoca la Sentencia del Juzgado.

los que el título de ocupación inicial de la familia no sea un derecho real o un contrato de arrendamiento correspondiente al no usuario, entiendo que el derecho de uso atribuido judicialmente seguirá la misma suerte que, tras la muerte del titular, deba seguir el título previo de ocupación. Ello implicará, en la mayoría de los supuestos, que el usuario designado judicialmente y quienes con él convivan queden en la situación técnica de precaristas.

F. La falta de comunicación al propietario de la atribución al no titular del uso de la vivienda familiar en alquiler ¿es causa de extinción del arrendamiento?

El núm. 2 del art. 15 de la nueva LAU, tras la ya examinada fórmula de posibilitar la continuación del cónyuge no arrendatario en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con los artículos 90 y 96 del Código civil, prescribe: “la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda⁽¹³⁰⁾ deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”.

Debe notarse que la Ley es especialmente poco precisa al referirse a los arts. 90 y 96 del C.C. y no mencionar el supuesto del art. 103. Pero, sin duda, el aspecto más criticable del precepto lo constituye el hecho de que no contiene una previsión concreta que sancione el incumplimiento de esta obligación de comunicar el régimen de uso al arrendador. El silencio legal —desde luego, poco justificable— puede dar lugar a diversas interpretaciones.

Cabe, por ejemplo, entender que la falta de comunicación es reconducible al genérico motivo de resolución de contrato que contempla el art. 27.1 de la nueva LAU, pues se trataría de un incumplimiento de obligaciones resultantes del contrato⁽¹³¹⁾. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, para llegar a esa conclusión, sería preciso salvar la dificultad de que el art. 27.1 textualmente se refiere al “incumplimiento por cualquiera de las partes” de las obligaciones resultantes del contrato; pues bien, ocurre que el no titular, precisamente por no

⁽¹³⁰⁾ A mi juicio, no deja de ser significativo que también aquí se haya modificado la expresión legal. En efecto, mientras el núm. 2 del art. 15 del Proyecto señalaba que “*la adquisición de la condición de arrendatario* deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de un mes desde que tuvo lugar”, el texto definitivo elude precisamente semejantes términos técnicos para hablar sólo de una “voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda”.

⁽¹³¹⁾ Tal es la opinión de D. LOZANO ROMERAL y J. FUENTES BARDAJI en *Todo sobre la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona 1994, pág. 49.

serlo, no es parte en el contrato; y parece que la obligación de comunicar incumbe no al titular sino al usuario, pues así se deduce del hecho de que lo que ha de comunicarse al arrendador es “la voluntad del cónyuge —no titular, se entiende— de continuar en el uso de la vivienda”, voluntad que parece sólo podrá expresar quien la tenga. La alternativa de entender que es el titular quien está “obligado” a hacer la comunicación no parece razonable.

Más difícil resulta reconducir el supuesto de falta de comunicación a la causa específica de resolución del art. 27.2, letra c), que contempla el caso de cesión in consentida. Si, como antes se ha dicho, el beneficiario del derecho de uso no adquiere la titularidad del contrato y —por lo menos en el caso de procedimientos matrimoniales contenciosos— no es sencillo hablar de una actuación voluntaria del titular que sale de la vivienda por imperativo legal, entender que se produce una cesión no consentida parece excesivo.

Tratar de solucionar la cuestión obligando al arrendador a que, caso de no haber recibido notificación, requiera a titular y/u ocupante para que se concrete si hay desistimiento y/o voluntad de continuar en el uso por parte de cada uno de los implicados, en fin, podrá ser, tal vez, una solución práctica, pero ciertamente supone invertir los términos en que está concebido el art. 15.2 y dejar sin sanción lo que previene este precepto legal.

Una cuarta posibilidad es interpretar que la omisión de comunicación no tiene relevancia resolutoria del contrato, pero sí trascendencia procesal: es decir, entender que si el beneficiario del derecho de uso no hace la comunicación, no podrá luego oponer sus derechos frente al arrendador y, más en concreto, alegar una falta de litisconsorcio pasivo o mala fe de ese arrendador, si este último entabla un litigio que se siga exclusivamente con el titular arrendatario y no el usuario que calló⁽¹³²⁾.

Sin duda, es posible contemplar otras opciones⁽¹³³⁾.

En mi opinión, hay buenos argumentos en favor de cada una de esas opciones, todas ellas susceptibles de matizarse. Si hubiera de elegir una de ellas, personalmente me parece preferible la tesis de que la falta de comunicación produce una inoponibilidad frente al arrendador de la atribución del derecho de uso.

⁽¹³²⁾ En esta línea se mueven, con unos u otros matices, varios autores. Así, M. C. QUESADA GONZALEZ, *La vivienda familiar arrendada*, cit., pág. 205; A. CARRASCO PERERA, *Comentarios...*, cit., pág. 347; F. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico...*, cit., pág. 541.; este autor también contempla la posibilidad de valorar la omisión como motivo de resolución del contrato.

⁽¹³³⁾ Así, por ejemplo, E. SERRANO, *Comentarios...*, cit., pág. 158, afirma que la omisión de la comunicación produce el efecto de mantener al arrendatario originario como titular del contrato; este autor sostiene, en cambio, que la comunicación produce una subrogación *ex lege*.

De todos modos, parece que será medida de prudencia que el beneficiario del derecho de uso no deje de hacer la comunicación legal, si no quiere exponerse a ver el contrato resuelto.

Para terminar, no quisiera dejar de señalar que puede ocurrir que no sea el usuario sino el titular arrendatario al que se priva del derecho de uso quien tenga un especial interés en que el contrato no se pierda. Piénsese que, por ejemplo, puede haberse otorgado el uso al no titular por un plazo corto; o que los hijos estén próximos a alcanzar la mayoría de edad; o, en fin, que tenga el titular el temor razonable de que el beneficiario del derecho de uso abandone la vivienda de modo que se pierda un alquiler tal vez ventajoso.

Pienso que en todos esos casos una medida práctica que deberá adoptar el inquilino titular que deba salir de la vivienda en virtud de resolución judicial será la de comunicar al arrendador *en el plazo de un mes* ⁽¹³⁴⁾ que es su propósito continuar como titular del contrato. Entiendo que, tras ello, aunque el beneficiario del derecho de uso no haga la comunicación legal, al menos no podría sostenerse en juicio seriamente que hay un motivo de resolución del contrato que pueda hacerse valer frente al titular arrendatario, mientras se cumplan el resto de las obligaciones contractuales.

El panorama que hasta aquí ha tratado de ofrecerse me temo que sólo significa, pese a la extensión material de este artículo, una tenue imagen de lo realmente compleja, escurridiza y ambigua que resulta la materia objeto de estudio. Sería mi deseo que lo antes expuesto sirva como una aproximación que, con todas sus limitaciones, pueda constituir un instrumento de trabajo de alguna utilidad práctica.

⁽¹³⁴⁾ No hablo aquí de dos meses sino de uno para prevenir la eventualidad de que se entendiera aplicable el art. 12.3 de la propia LAU.

REGULACION JURIDICA DE LA ESTERILIZACION DE PERSONAS INCAPACITADAS

M.^a ANGELES MORENO BALLESTEROS

Secretaria del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 11 de Málaga (Incapacidades)

SUMARIO

I. INTRODUCCION

1. Determinación del concepto jurídico-medico.
2. La regulación jurídica de la esterilización desde los ordenamientos jurídico-penales.
 - A. Evolución de la regulación jurídico-penal en el derecho español.
 - B. Los principios que fundamentan la permisividad de la esterilización de disminuidos psíquicos en los distintos sistemas jurídicos.

II. REFERENTES CONSTITUCIONALES: DERECHOS FUNDAMENTALES, VALORES Y PRINCIPIOS

1. El valor libertad consagrado en el art. 1.º del texto constitucional, y el derecho a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el art. 10 de la CE.
 2. El derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral
 3. El valor igualdad, constitucionalizado en el art. 1.1.º CE, y el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14, su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la CE, y el amparo especial que, para el disfrute de los derechos reconocidos en el título I, deben prestar los poderes públicos a las personas incapaces.
-

4. El criterio interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas constitucionalmente, de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, establecido por el párrafo 2.º del art. 10 de la CE.
5. Doctrina del Tribunal Constitucional, la STC 215/1994, de 14 de julio.

III. ASPECTOS JURIDICO-SUSTANTIVOS

1. Esterilización consentida no punible (párrafo 1.º del art. 156 CP).
 - A. Concepto penal de “incapacidad”, el criterio material de la capacidad.
 - B. Minoría de edad y capacidad para consentir.
 - C. Capacidad y consentimiento viciado.
2. Esterilización no punible de personas incapacitadas(párrafo 2.º del art. 156 CP).
 - A. Concepto civil de incapacidad.
 - B. La “incapacidad de hecho” entendida como “incapacidad de consentir”.
 - C. La capacidad de obrar y la minoría de edad civil.
 - D. La suplencia del consentimiento de los incapaces: la exigencia de incapacitación por causa de deficiencia psíquica grave.
 - E. Criterios rectores de la autorización judicial.

IV. ASPECTOS PROCESALES: PROCEDIMIENTO PARA LA AUTORIZACION JUDICIAL DE LA ESTERILIZACION DE PERSONAS INCAPACES

1. Determinación del procedimiento “ad hoc”.
 - A. Expediente de jurisdicción voluntaria.
 - B. Tramitación de la solicitud de autorización judicial de esterilización en el procedimiento de menor cuantía de incapacitación.
 2. Jurisdicción y Competencia.
 3. Legitimación y limitación del principio inquisitivo.
 4. Actuaciones que han de integrar la tramitación de las solicitudes de autorización judicial de esterilización.
 - A. Solicitud y aportación de documentos.
 - B. Admisión a trámite de la solicitud y acuerdo de práctica de diligencias.
 - C. Resolución.
 - D. Recursos.
-

I. INTRODUCCION

La conveniencia y justificación de la privación de las facultades reproductoras en que la esterilización consiste, con relación a personas que por razón de la gravedad de la deficiencia psíquica que padecen, sean incapaces para decidir sobre su práctica, plantea un problema jurídico-médico en torno al cual los valores éticos, culturales e incluso religiosos implicados en la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrezca al problema, determinan y explican la diversidad de posturas adoptadas. La polémica social, ha hallado eco en los medios de comunicación en fechas recientes, a raíz del debate suscitado en países como Suecia o Austria con relación a las esterilizaciones numerosas llevadas a cabo a mujeres incapaces sin su consentimiento. En nuestro país la problemática se refleja en la doctrina y la jurisprudencia, si bien la atención doctrinal hacia el tema es escasa y aún insuficiente el desarrollo jurisprudencial. No es nuestro objeto profundizar sobre la conveniencia de la permisividad legal de la medida, ni de sus justificaciones éticas, sociológicas o personales, sino únicamente en tanto referencias conexas al estudio del régimen jurídico vigente en esta materia. La regulación de la esterilización de personas incapaces se contiene en una única norma penal, desde la que se abordan aspectos sustantivos y procesales, la problemática que late en la adopción de la medida legislativa, va a trascender a su aplicación, en cuanto a la decisión misma de “autorizar” la práctica de la intervención y en la interpretación de aquélla.

Desde esta singularidad normativa, el “régimen jurídico” de la esterilización de personas incapaces, exige un análisis desde un triple enfoque: jurídico-público, desde los referentes constitucionales, jurídico-privado, y procesal.⁽¹⁾

A modo de premisa hacemos referencia al concepto jurídico-médico de la esterilización, y a la evolución de aquél en nuestro ordenamiento y en otros de nuestro entorno.

1. Determinación del concepto jurídico-médico.

El aspecto relevante a efectos jurídicos del concepto o definición que la ciencia médica pueda aportar sobre la “esterilización”, consiste en el resultado: la pérdida prolongada, en la mayoría de los casos irreversible, de la capacidad

(1) Tercero: la cuestión de fondo planteada en esta “litis” presenta ciertamente gran trascendencia... Debemos obviar toda apreciación derivada de concepciones religiosas o éticas o de recuerdos históricos de criminalidad (el control eugenésico practicado por el nazismo), como hace el propio Tribunal Constitucional para centrar en primer lugar el alcance de la doctrina del propio TC y desarrollar después el alcance interpretativo de la norma dentro del derecho civil” (SAP Barcelona, 6-X-1995).

generativa de la persona. Este efecto de pérdida de la capacidad de procreación es común, a otras prácticas como la “castración”, e igualmente constituye el objeto de los distintos métodos de anticoncepción. En relación a la “castración”, la diferencia radica en que consistiendo ésta en la ablación de los órganos genitales, determina no sólo la pérdida de la capacidad “generandi”, sino que puede producir otros efectos sobre la capacidad coeundi (en el hombre), la libido y los caracteres sexuales secundarios y terciarios, siendo el mayor traumatismo del resultado lo que explica la diferente tipificación penal. Por otra parte, la esterilización, es un método anticonceptivo, y como tal se considera desde un punto de vista médico: “la anticoncepción puede ser temporal o permanente. La anticoncepción permanente también se llama esterilización, la cual puede definirse como ineptitud permanente para la procreación, obtenida de forma intencional. Es una esterilidad inducida o provocada”,⁽²⁾ siendo a efectos prácticos, los procedimientos irreversibles, al menos con relación a la esterilización femenina, será pues doble la diferenciación de la esterilización frente a otros métodos de contracepción: La irreversibilidad o difícil reversibilidad del resultado impeditivo de la capacidad generativa de la persona, y la necesidad de utilizar por lo general la técnica quirúrgica, por lo que se denomina a la esterilización anticoncepción quirúrgica. Son diversos los métodos que pueden utilizarse para obtener específicamente este efecto anticonceptivo, y no con otro de carácter terapéutico, por lo que se refiere a la mujer la extirpación de parte de las trompas de falopio o todas ellas (salpingectomía), y puede llevarse a cabo utilizando diversas técnicas quirúrgicas, respecto del hombre consiste generalmente en la sección del conducto deferente (vasectomía).

Es el resultado de impedir al sujeto el ejercicio de la “capacidad generandi”, en términos utilizados por la doctrina penalista⁽³⁾, el elemento relevante de tipificación. La técnica a utilizar en la práctica de la esterilización, la valoración de los riesgos que implique para la salud, y el grado de reversibilidad del resultado son factores de gran importancia en la valoración que realice el juez, al adoptar la resolución denegando o autorizando aquélla.

2. La regulación jurídica de la esterilización desde los ordenamientos jurídico-penales.

Es en el ámbito jurídico-penal, en el que se ubica la regulación legal de la esterilización, la cirugía transexual o el trasplante de órganos, en tanto se trata de intervenciones que inciden en la integridad física de las personas, la afecta-

(2) VARGAS ALVARADO E. “Medicina forense y Deontología Médica”. México, 1991.

(3) Cobo del Rosal, Bajo Fernández, Bustos Ramírez.

ción de un derecho fundamental tan inherente a la persona, hoy reconocido en el art. 15 de la CE, exige el nivel máximo de protección que el ordenamiento jurídico puede ofrecer, la otorgada por el derecho penal, a través de la tipificación en el CP de aquellas conductas como delictivas, en tanto no medie causa de justificación de la conducta.

La práctica totalidad de los ordenamientos jurídico-penales han tipificado, tanto la castración como la esterilización, en el marco de los delitos contra la salud o la integridad física, bien como delitos especiales, o como modalidad agravada del tipo básico de lesiones,⁽⁴⁾ radicando la diferencia del tratamiento jurídico penal en la relevancia, del consentimiento como causa de justificación de la conducta. El vigente CP en el art. 156 regula como causa de justificación específica, el consentimiento en las lesiones, que como tal operará determinando la licitud de la conducta prohibida.

A. Evolución de la regulación jurídico-penal en el derecho español.

- a) *Decreto de 28 de marzo de 1963, que aprueba el texto revisado del CP, conforme a la Ley 79/1961 de 23 de diciembre, de Bases para la revisión parcial del Texto Refundido de 1944.*

Hasta la reforma operada en 1963, no se hacía referencia expresa al consentimiento del sujeto pasivo, en relación al tipo de lesiones, ni al de la “castración”, si bien su alcance y operatividad en orden a la no punibilidad era ya cuestión debatida en la doctrina. La referida reforma introduce en el art. 418, la “esterilización”, que tipifica junto con la “castración”, y establece expresamente la irrelevancia del consentimiento, en el art. 428 (“... aun cuando mediare consentimiento del lesionado”).

- b) *LO 8/1983 de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del CP.*

La incidencia de la CE de 1978, la axiología de los valores que constitucionaliza el art. 1.º1. de la misma, y el reconocimiento del valor “libertad”, tuvo su necesaria concreción en el ámbito penal, en relación a la disponibilidad del bien jurídico “salud”, y en la relevancia del consentimiento en relación con determi-

(4) SILVA SANCHEZ J.M. “La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho Penal comparado)”. PPU. Barcelona, 1988.

nados supuestos de lesiones, como eximente de la responsabilidad criminal⁽⁵⁾, ello se produce en la reforma operada en 1983. El debate acerca del carácter disponible o indisponible del derecho no ya a la integridad, sino a la propia vida sigue abierto en la actualidad (al menos en referencia al supuesto extremo de la eutanasia), aun cuando el nuevo Código acoge la corriente mayoritaria de admitir el derecho de la persona a disponer de la propia salud e integridad física, que entendemos halla sustento constitucional desde la vinculación del derecho fundamental reconocido en el art. 15 (que impone una obligación positiva para los poderes públicos de respeto y protección de la salud e integridad, a juicio del TC) con el valor libertad consagrado en el art. 1.^º1. La LO 8/1983 introdujo el consentimiento válido y eficaz como causa de justificación en relación a determinadas conductas lesivas de la integridad física, entre ellas las esterilizaciones, medida que estimó urgente el legislador, admitiendo futuras consideraciones en torno al “tan contradictorio tema del consentimiento de las lesiones”, como afirma el preámbulo de la ley, en el futuro CP. No obstante el ámbito de la despenalización de la esterilización se circunscribió a aquellas que fueran (además de realizadas por facultativo), consentidas *válida y eficazmente*, por las personas afectadas, no extendiéndose a las personas menores de edad o incapaces, desde el tenor literal del art. 428: *“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”*. Se pretendía posibilitar jurídicamente la actividad sexual de estas personas, el yacimiento con las cuales suponía, con anterioridad a la reforma, la aplicación automática del delito de violación, precisándose ahora el abuso de la enajenación para que la conducta fuera típica, y por otra parte adoptar medidas complementarias para lograr que la actividad sexual de los incapaces no tuviese consecuencias indeseables, recurriendo, al margen de la despenalización parcial del aborto, a la esterilización⁽⁶⁾. Los problemas interpretativos planteados por la redacción del precepto no fueron escasos, dejó subsistente la polémica general en torno al consentimiento en las lesiones y en orden a la interpretación de los requisitos de

(5) BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE “El delito de lesiones”. Salamanca 1982, Cit. por Silva Sánchez, op. cit.

(6) VIVES ANTON T.S., BOIX REIG J., ORTS BERENGUER E., CARBONELL MATEU J.C., González Cussac J.L., “Derecho Penal Parte Especial, 2.^ª edición revisada y actualizada conforme al CP de 1995”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996.

aqué en referencia a la esterilización, en definitiva no quedaba claro si el consentimiento podía suplirse mediante la autorización judicial.

- c) *LO 3/1989, de 21 de junio de 1989, de actualización del CP.* Introduce la previsión legal de practicar intervenciones quirúrgicas que impliquen la esterilización a personas incapaces.

El artículo 428 CP tras la reforma operada por aquella, establecía: “*las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el ministerio fiscal y previa exploración del incapaz. El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422 de este código.*”

La posibilidad de esterilización “legal”, de las personas incapaces, es introducida por la referida ley, despenalizando aquella cuando medie consentimiento de sus representantes legales, y previa autorización judicial para llevarla a efecto, solución mantenida por el nuevo CP de 1995, en su art. 156.

- d) *LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP.*

El actual art. 156 del CP, como el anterior art. 428 contiene la regulación de esta materia, tanto en su aspecto sustantivo, como procesal, siendo el único precepto en el que hallamos la normativa específica, tanto en el aspecto de justificación de la conducta desde la perspectiva jurídico penal, como en relación a los aspectos procesales en orden a la pretensión, o solicitud de autorización judicial de la medida de esterilización de persona incapaz.

Si en orden a la regulación del consentimiento en las lesiones, la reforma no resuelve definitivamente dicha cuestión, “endémicamente mal resuelta”⁽⁷⁾,

(7) VIVES ANTON T.S., BOIX REIG J., ORTS BERENGUER E., CARBONELL MATEU J.C., GONZALEZ CUSSAC J.L., “Derecho Penal Parte Especial”, 2.ª edición revisada y actualizada conforme al CP de 1995”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996.

el art. 156, parece resolver bastantes de los problemas que planteaba la redacción del anterior 428.

El párrafo 1.º de dicho artículo mantiene prácticamente la misma redacción, introducida por la LO 3/1989, sien bien reforzando la exigencia en orden al consentimiento con la utilización de los términos “válida, libre, consciente, y expresamente emitido”, a efectos de exención de responsabilidad penal en estos supuestos. Se excluye la validez del consentimiento otorgado por menor de edad o incapaz, sancionando expresamente que en este caso “no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”, y extiende a estos últimos la invalidez del consentimiento que prestaren. La regulación contenida en el párrafo 2.º del precepto constituye la norma conformadora del régimen jurídico vigente en esta materia, y desde el aspecto penal establece la excepción al régimen establecido en el párrafo 1.º de dicho precepto, es decir a la regla general de invalidez del consentimiento prestado por los menores de edad e incapaces o por sus representantes legales, mediante la exigencia de una serie de condiciones ampliadas respecto de la reforma operada en 1989⁽⁸⁾. Abordaremos con mayor detenimiento las innovaciones que introduce el precepto, acogedoras en gran parte de la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 215/1994, en el aspecto procesal, y sustantivo, señalando que las más destacables consisten en la referencia expresa al *criterio rector* de la actuación judicial: “*el mayor interés del incapaz*”, y la utilización del término “*persona incapacitada*”, en referencia a la exigencia indudable de declaración judicial de la incapacidad de la persona.

B. Los principios que fundamentan la permisividad de la esterilización de disminuidos psíquicos en los distintos sistemas jurídicos.

El problema esencial radica en la fundamentación o justificación de la admisibilidad por el sistema jurídico de la esterilización de personas que por razón de la enfermedad o deficiencia padecida no sean capaces de decidir sobre su práctica. La justificación jurídica exigirá dar respuesta a dos cuestiones: *posibilidad de sustituir el consentimiento* de aquéllas, (en relación a ello dos opciones se definen básicamente: admitir la suplencia de aquél por el de terceros, padres o representantes legales, o por los tribunales, o a través de la concurrencia de alguna de las indicaciones —médico-terapéutica, médico-profiláctica, eugénica-genética, o socio-familiar—, que para ello establezca la ley), y la *finalidad a que ha de responder la permisividad de la medida*.

Los riesgos latentes en la adopción de una u otra opción, la posibilidad de disposiciones arbitrarias sobre la integridad física de los deficientes, desde la

⁽⁸⁾ QUINTERO OLIVARES. Comentarios. Parte Especial. Derecho Penal. A. 1996.

primera de ellas, y de utilización por el Estado de la medida como instrumento de una política eugenésica (el recuerdo de las leyes “eugenésicas” del régimen nacional-socialista alemán gravita, como no podría ser de otra manera en la conciencia social europea), fuerzan una solución mixta, hoy predominante que combine ambos criterios, e intente un equilibrio de los derechos y bienes jurídicos en juego. Una solución ideal de síntesis, será la que pretende desde el criterio primordial del interés del incapaz, no dejar la decisión únicamente en manos de los padres o representantes legales del menor (lo que exige intervención judicial, y que la decisión judicial no se vincule automáticamente a aquella solicitud), y estableciera unos criterios rectores más concretos que el genérico del “interés del incapaz”. En esta línea se sitúa el actual CP, acogiendo el criterio interpretativo del TC en la STC 215/1994, de 14 de julio, en la resolución del recurso de inconstitucionalidad formulado contra el hoy derogado art. 428 del CP anterior, y cuyos votos particulares denotan las profundas diferencias que suscita la regulación de una medida tan polémica como la estudiada.

Básicamente en el derecho comparado han destacado *tres líneas o posturas diferenciadas*:

a) *Posibilidad de suplencia del consentimiento del incapaz por los padres o representantes legales*, (EE.UU., Suiza, Japón, Dinamarca, Finlandia). Destaca la tradición favorable a la impunidad de la esterilización de deficientes mentales en determinadas circunstancias, en muchos de los Estados norteamericanos que establecen la impunidad de la esterilización de aquéllos, con la exigencia de determinados requisitos formales (derechos procesales), relativos al consentimiento que ha de concurrir (padres, autorización judicial...), o bien materiales (justificación de la necesidad, valoración de otras circunstancias relativas a la ausencia de riesgos de la intervención, y criterio justificativo del mejor interés del incapaz). El fundamento de la impunidad se ha buscado en motivos eugenésicos, de evitar la transmisión de taras genéticas, entre otras razones. El debate sigue abierto, y se constatan posturas que aconsejan la limitación y la prudencia en relación a la permisividad de la esterilización de deficientes mentales, desde el reconocimiento de un derecho fundamental de la persona a la procreación, o a la autonomía en la procreación (que comprende la contracepción, la esterilización voluntaria y el aborto), con ciertos límites⁽⁹⁾, o incluso defensoras de la inconstitucionalidad de la esterilización involuntaria, con la

⁽⁹⁾ El TS norteamericano partió del reconocimiento de este derecho en el caso *Skinner v. Oklahoma* (316 U.S. 535, 1942), en relación a un “statute” que autorizaba la esterilización de ciertos delincuentes sexuales.

sola excepción de la terapéutica⁽¹⁰⁾. La postura dominante en la doctrina y jurisprudencia, entiende que los tribunales están capacitados para decidir sobre la impunidad de la esterilización de deficientes mentales con arreglo al criterio del mayor bienestar para los mismos⁽¹¹⁾. Este principio del “welfare and best interest” (bienestar y mejor interés), del deficiente, también acogido por la jurisprudencia británica, como principio rector y determinante de la decisión a adoptar, de construcción esencialmente jurisprudencial, ha pesado de forma decisiva en las soluciones jurídicas adoptadas.

b) *Insustituibilidad del consentimiento de los incapaces*, manteniéndose la punibilidad de la conducta esterilizadora, salvo la concurrencia de circunstancias genéricas de justificación o exclusión de la culpabilidad, como pudiera ser la finalidad terapéutica, o el error invencible (Alemania, Francia, Italia, Austria y Suecia).

Ni en Alemania, donde las razones eugenésicas, tras los efectos de la ley de 14 de julio de 1933, de “prevención de las enfermedades hereditarias en las generaciones futuras”, del régimen nazi, han sido socialmente rechazadas y no existe regulación legal específica en vigor⁽¹²⁾, ni en Francia e Italia, se ha optado por una regulación despenalizadora de la esterilización de incapaces, aplicándose los criterios generales de impunidad.

c) *Posibilidad de sustitución del consentimiento del incapaz por concurrencia de alguna indicación legal*. Se plantea desde dos finalidades diferentes, la eugenésica, y la de impedir coactivamente la comisión de determinados delitos sexuales, mediante la esterilización coactiva, así en muchos Estados de la Unión Americana, respecto de algunos pacientes de instituciones psiquiátricas.

En cuanto al problema de la justificación ético-jurídica de la esterilización por indicación eugenésica prevista legalmente; la gravedad de las consecuencias que podría conllevar una previsión legal de esterilización obligatoria, es innegable, y la experiencia alemana durante el régimen nacional-socialista lo demostró de forma indudable. Planteamiento distinto de la justificación eugenésica de la esterilización, es la admisibilidad de su indicación, aunque con carácter voluntario, en los supuestos de taras genéticas.

La finalidad o indicación eugenésica de la esterilización no se halla recogida en nuestro Derecho ni en otros de nuestro entorno, el tema no obstante, se vincula al abierto debate sobre la responsabilidad por daños en la procreación, y

(10) Conclusión de La Harvard Law Review (1980).

(11) J. M.^a SILVA SANCHEZ, op cit.

(12) “Manual Jurídico de Psiquiatría Legal y Forense”, Actualización 2, diciembre 1997. La Ley-Actualidad, S.A.

nos plantea el aventurado interrogante de sí admitida tal posibilidad, la coherencia del sistema jurídico no exigiese admitir en determinados supuestos de transmisión de enfermedades o taras el criterio eugenésico, como evaluable al menos en la decisión a adoptar, en ningún caso determinante de una esterilización obligatoria por indicación legal.

El debate, más tardíamente en nuestro país, se halla abierto en torno a la posible responsabilidad civil de los progenitores por daño en la procreación tanto por transmisión de enfermedades (problema de los niños seropositivos), o de taras genéticas conocidas por ellos, siendo previsible que pueda comenzar a plantearse acciones judiciales respecto de aquella exigencia. Distintas soluciones se vienen apuntando en torno a ello, desde el reconocimiento de la existencia de una “obligación natural”, o de un supuesto de culpa extracontractual; sin entrar en el debate acerca de la caracterización de la obligación que pudiera determinar la responsabilidad, si nos interesan dos aspectos por su vinculación con la problemática acerca de la justificación de la indicación eugenésica de la esterilización: la determinación de si puede considerarse antijurídico, en estos supuestos de existencia de taras genéticas conocidas, el acto de la procreación, y los sujetos a quienes puede exigirse la responsabilidad indemnización del daño producido. Desde la distinción entre la libertad sexual y la libertad de procreación, derechos no expresamente reconocidos en el ordenamiento, cuya existencia se vincula a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, se ha afirmado que la procreación no debe ser invocada como un derecho subjetivo sino simplemente como una libertad que en determinadas ocasiones debe ser limitada por las circunstancias que concurren, supuesto que además de esta posibilidad de transmisión de tara genética, sería el de la esterilización de incapaces⁽¹³⁾; la afirmación de culpa extracontractual se fundamenta así, en cuanto a uno de los elementos que ha de concurrir, la antijuridicidad de la conducta, no en que el acto sea contrario a una norma concreta, sino en que de no limitar la capacidad de procreación los padres estarían incurriendo en una conducta negligente que originaría en el feto daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, quebrantando el principio “alterum non laedere”⁽¹⁴⁾. Determinada la culpa y la obligación de los padres de reparar el daño causado, se han propuesto diversos medios para “indemnizar o compensar” al hijo por los daños de procreación, como la mejora del testamento en favor del incapaz, o

(13) GOMEZ SANCHEZ “El derecho a la reproducción”, cit por RUIZ LARREA N. “El daño de procreación...” La Ley 3-III-1998.

(14) RUIZ LARREA N. “El daño de procreación...” La Ley 3-III-1998.

concertación de un seguro especial en su beneficio,⁽¹⁵⁾ y desde la posición que defiende la existencia de la obligación de reparación nacida de la culpa extracontractual, se afirma la posibilidad de ejercicio de la acción para la exigencia de responsabilidad civil, cuando no fueren prestados por los padres los medios necesarios para obtener el bienestar y la recuperación del hijo enfermo o deficiente, e incluso la posibilidad de exigir una responsabilidad subsidiaria de los servicios sociales que pudiendo haber adoptado ciertas medidas, se abstuvieron en su día de todo ejercicio preventivo (supuesto de grupos sociales marginales, alcoholismo, toxicomanía, prostitución...)⁽¹⁶⁾. Con relación a la posible responsabilidad administrativa, entendemos, estaríamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, configurada por el parámetro de objetividad y por su carácter directo, que podría exigirse, si efectivamente dichos servicios sociales y/o sanitarios se abstuvieran del cumplimiento de los deberes de información y asistencia, con tal finalidad preventiva; el título de imputación del resultado dañoso a la Administración Pública vendría determinado por el no funcionamiento del servicio público, equiparable al “funcionamiento anormal” (“culpa in ommittendo”, abstención cuando existe un deber funcional de actuación⁽¹⁷⁾), posibilidad que apuntamos con las necesarias reservas, ya que como en la generalidad de los supuestos, en materia de responsabilidad administrativa, el problema de determinar la existencia de nexo causal exige una valoración específica del supuesto de hecho, y una concreción en todo caso del concepto jurídico indeterminado: “funcionamiento anormal”, con referencia al servicio público de que se trata. Nos planteamos si cabe desde esta perspectiva, hacer extensiva la posibilidad de exigencia de responsabilidad al supuesto de transmisión de taras genéticas mediante la procreación por persona incapaz, y a quien imputar la misma. Siguiendo la línea argumental de admitir culpa extracontractual, y si se apunta la posible responsabilidad de la Administración Pública, por la no actuación preventiva, nos debemos plantear también si puede afirmarse, con igual naturaleza y con la concurrencia de los requisitos de la culpa extracontractual respecto de los representantes legales del incapaz, que pueda transmitir la deficiencia padecida a su descendencia, ya que la solicitud y decisión de su esterilización corresponde adoptarla a aquéllos, sin perjuicio de la necesaria autorización judicial. Consecuentemente, la petición de autorización judicial de la esterilización del incapaz, aunque fuera denegada, ex-

(15) MARTÍN GRANIZO M. “La incapacitación y figuras afines”. Colex. Madrid, 1987.

(16) RUIZ LARREA N. “El daño de procreación...” La Ley 3-III-1998.

(17) GARCÍA DE ENTERRIA E. y T.R. FERNANDEZ. “Curso de Derecho Administrativo II. Civitas. Madrid, 1998.

cluiría la responsabilidad de los representantes legales del mismo, en cuanto a los posibles daños de procreación, sin que pudiera exigirse, entendemos del juez que denegara aquélla, toda vez que no se contempla aquella finalidad como criterio rector de la decisión, ni viene obligado el juez a autorizar la esterilización en estos supuestos.

II. REFERENTES CONSTITUCIONALES: DERECHOS FUNDAMENTALES, VALORES Y PRINCIPIOS

El análisis del régimen jurídico ha de partir de los referentes constitucionales desde una doble óptica, los derechos fundamentales, y bienes jurídicos que pueden ser afectados, y en el plano axiológico qué valores incorporados al texto constitucional, se involucran en la regulación legal de la medida, y los principios que han de regir la política legislativa y de los poderes públicos en aquellas materias relacionadas con las personas incapaces. El TC se pronuncia sobre ello al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de la de 21 de junio de 1989, en relación a la redacción dada por la misma al párrafo 2.º, último inciso, del art. 428 del CP de 1973, en S. n.º 215/1994, de 14 de julio, que constituye referente obligado en la interpretación normativa, tanto en su aspecto sustantivo como procedimental, y cuyos criterios mantienen su aplicabilidad, en relación a la nueva regulación ofrecida por el CP vigente; Los tres votos particulares y uno concurrente formulados resultan reveladores de la grave problemática que implica la adopción de una medida legislativa, como la despenalización de la esterilización de personas incapaces para consentirla, y en la que los aspectos teleológicos y de proporcionalidad, desde la perspectiva de los derechos y valores en juego, deben ser respetados de forma “exquisita” por la norma jurídica.

La CE de 1978, consagra explícitamente “valores”⁽¹⁸⁾, y ello implica, la juridificación del concepto de valor, una positivación constitucional de los valores, en definitiva una relación entre Estado y Derecho, y una vinculación del ordenamiento jurídico a la realización de determinados valores, un enraizamiento del Estado (el poder), y el Ordenamiento (la norma jurídica) en la moral

(18) Son las normas que consagran explícitamente valores como tales las que representan una mayor innovación en el panorama del Derecho constitucional comparado. G. PECES-BARBA, *los valores superiores*, cit. *Constitución y valores del ordenamiento*, L. Parejo Alfonso.

o ética social, en términos de vinculación dinámico-teleológica de estos últimos a aquéllos⁽¹⁹⁾.

1. El valor libertad consagrado en el art. 1.º del texto constitucional, y el derecho a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el art. 10 de la CE.

El artículo 1.º de la CE se ha considerado precepto de gran trascendencia estructural para el propio orden constitucional y para el resto del ordenamiento jurídico, y en el que aparece esta configuración de los valores con una peculiar funcionalidad, la conexión dinámica entre el estado y el ordenamiento jurídico, fijando las orientaciones o criterios de éste y consiguiendo una imbricación armónica entre el Estado y la sociedad.

La posición doctrinal mayoritaria admite la eficacia jurídica de los valores, que al igual que los principios son normas construidas con conceptos jurídicos, y cuya eficacia ha de establecerse, en términos jurídicos, aun cuando los valores evoquen realidades culturales metajurídicas, y en su interpretación haya de tenerse en cuenta éstas.

Determinar la axiología de los valores que constitucionaliza el art. 1.º de la CE, constituirá el fundamento y el fin mismo del Estado, y es en este sentido donde opera el reconocimiento de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son como afirma el artículo 10 de la CE fundamento del orden político y de la paz social, pues constituyen el criterio material al que se vinculan aquéllos. En términos de Mendizábal Allende en el voto particular formulado respecto de la STC n.º 215/1994: *“no se olvide, finalmente, que el respeto a la dignidad de la persona, exigencia constitucional, está en el meollo de todos los derechos fundamentales y es frontera insalvable para el legislador”*.

El contenido del art. 10 de la CE aparece así como fundamento, núcleo y base del sistema social constituido, el hombre, la vida humana, como valor complejo, serán el centro del orden dogmático constitucional, y desde el personalismo social como opción del constituyente, en el que el valor supremo que representa la persona humana aparece inserto —como condición misma para su realización— en la comunidad o sociedad organizada, se ha intentado analizar la estructura del Título I de la Constitución⁽²⁰⁾.

(19) L. PAREJO ALFONSO. *Constitución y valores del ordenamiento*.

(20) L. PAREJO ALFONSO. *Constitución y valores del ordenamiento*.

Ubicados en el este Título I, hallamos los derechos fundamentales implicados en la permisividad de la conducta en que consiste la esterilización, y los principios rectores de la política de los poderes públicos en relación a las personas incapaces. Las consecuencias últimas interpretativas que puedan extraerse desde la CE, deben articular una doble perspectiva: la posición sistemática que determina desde la estructura de aquél, el régimen de garantía y protección, y los referentes de la libertad como valor superior consagrado en el art. 1.1.º CE y de “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”, como fundamento del orden político y de la paz social.

2. El derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral.

En el art. 15 CE hallamos el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física y moral, y la proscripción del sometimiento a tortura, penas o tratos inhumano o degradantes, ubicado en la sección 1.ª del capítulo 2.º del Título I, y por tanto, dotado del nivel máximo de garantía, establecido por el constituyente: reserva de ley, indisponibilidad del contenido esencial por el legislador, y tutela judicial reforzada a través del amparo constitucional. Derecho que lógicamente se sitúa con aquellos derechos más inherentes a la persona, considerada en su dignidad como tal. Conforme ya apuntamos no existe un reconocimiento expreso en la CE del carácter disponible para la propia persona de este derecho, y el debate en la doctrina penalista acerca de la admisibilidad de aquél en relación a la eficacia del consentimiento en aquellas conductas que inciden o afectan a la integridad física, sigue abierto. La interpretación del art. 15 CE, desde el alcance del contenido de los arts. 1.1.º y 10 CE, a los que nos hemos referido, entendemos que permite como premisa general admitir dicha disponibilidad, correspondiendo al legislador la concreción y limitación de los supuestos. La corriente doctrinal mayoritaria, (algún autor como Ferrer Sana niega dicho carácter disponible), se inclinó desde la promulgación del texto constitucional en favor de admitir la eficacia de aquel, su operatividad como causa de exención de responsabilidad criminal, en determinados supuestos. El vigente CP, reconoce cierta eficacia al consentimiento del ofendido en los delitos de lesiones, estableciendo un tipo privilegiado en el art. 155, y absoluta en las autolesiones, y en el art. 156 contiene la regulación de aquellas conductas como trasplantes de órganos, intervenciones de cirugía transexual y esterilizaciones, respecto de las cuales, cumpliéndose los requisitos exigidos, el consentimiento “válida, libre, consciente y expresamente emitido”, exime de responsabilidad criminal; eficacia del consentimiento que quiebra respecto de todas ellas en referencia al que prestare un menor o incapaz, o los representantes lega-

les de los mismos. ⁽²¹⁾ La específica regulación de la suplencia de dicho consentimiento en el supuesto de esterilización de personas incapaces, se contiene en el párrafo 2.º de aquél, y constituye el núcleo esencial de la problemática al respecto.

3. El valor igualdad, constitucionalizado en el art. 1.1.º CE, y el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14, su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la CE, y el amparo especial que, para el disfrute de los derechos reconocidos en el Título I, deben prestar los poderes públicos a las personas incapaces.

El principio de igualdad, conformado como valor superior y derecho de la persona, implica no sólo la innegable posibilidad de acceso a la tutela judicial por las personas discapacitadas, con el régimen de garantías procesales que integran aquélla, sino que conlleva la exigencia de una “especial o reforzada” observancia de éstas en los procesos judiciales en que puedan afectarse derechos o intereses de las mismas. La necesidad de un amparo especial de los discapacitados, para el disfrute de los derechos fundamentales reconocidos en el Título I CE, se reconoce en el texto constitucional al establecer el art. 49 dicha obligación de los poderes públicos, principio rector de la actuación de aquéllos, en que puede hallarse la justificación de la norma que posibilita la esterilización con cobertura legal de las personas “incapacitadas”, por razón del padecimiento de una deficiencia grave y persistente.

4. El criterio interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas constitucionalmente, de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, establecido por el párrafo 2.º del art. 10 de la CE.

Mención específica merece la “Declaración de derechos del retrasado mental”, que adoptada inicialmente por la Internacional Legue of the societies for the mentally handicapped en 1968, fue oficialmente proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1971, como “Declaración de derechos generales y específicos de los retrasados mentales”, en cuyo articulado se reconoce que estas personas tienen los mismos derechos básicos que otros ciudadanos del mismo país y de la misma edad, y a que se les posibilite el desarrollo de su capacidad y potencialidad en la medida más plena

⁽²¹⁾ La legislación de trasplantes sólo hace referencia al representante legal para los supuestos de donación por menores de médula ósea.

posible, en definitiva un derecho a su autorrealización como persona, que implica un derecho a la sexualidad. Asimismo se reconoce como derecho primordial de estas personas el derecho a ser respetada. Referentes obligados lo constituyen con carácter general los derechos a la integridad física y a la libertad reconocidos en la Declaración Universal de derechos humanos y en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, suscrito en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (arts. 2, 3 y 5), y la concreción de aquellos en los derechos específicamente reconocidos al respeto a vida privada y familiar (art. 8), a casarse y a fundar una familia (art. 12) y la garantía de la igualdad en el goce y ejercicio de dichos derechos sin distinción alguna (art. 14). La Comisión y el Tribunal Europeo de derechos humanos serán competentes para conocer aquellos asuntos relativos a la interpretación y aplicación del contenido del referido convenio en los términos previstos en el mismo.

5. Doctrina del Tribunal Constitucional, la STC 215/1994, de 14 de julio.

El TC al resolver sobre la posible inconstitucionalidad del inciso introducido en el párrafo 2.º del art. 428 del CP por la LO 3/1989, analiza las garantías exigidas por dicho precepto (garantía esencial que consiste en la necesaria autorización judicial y garantías que habrán de obtenerse en el procedimiento para el pronunciamiento adecuado del juez sobre la conveniencia de adoptar la medida), la finalidad legítima que ampara la limitación del derecho constitucional a la integridad física de los incapaces, y la proporcionalidad entre el medio autorizado y los fines que persigue la norma. El núcleo de la cuestión, se sitúa como afirma en su fundamento 1.º, en la *“posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la CE, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo 2.º del art. 428 del CP para las personas capaces”*.

De las argumentaciones contenidas en la sentencia, y, en relación a los derechos y bienes jurídicos en juego, destaca el FJ 4.º: *El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo... Se convierte en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, con la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña*. La justificación de esta acción interventora sobre la integridad corporal, se halla a juicio del TC, en la imposibilidad de cumplimiento por los incapaces de las obligacio-

nes que a los padres impone el art. 39.3 de la CE (y art. 154 del CC), y la legitimidad de la norma desde la vertiente teleológica, en tanto siempre tiende en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, su equiparación en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad, sin otras trabas que las imprescindibles, que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece. La esterilización “... le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 CE) y a su integridad moral (art. 15.1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación, cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 CE) inherentes a tales situaciones”.

Destaca la referencia al art. 49 de la CE, a la compatibilidad del precepto, art. 428.2 CP, con el principio rector de la actuación de los poderes públicos en el consagrado en relación a las personas incapaces: “Sexto: “En definitiva, lo dispuesto en el último inciso del art. 49 CE —que los incapaces disfruten de los derechos que el Título I de la CE otorga a todos los ciudadanos—, no es sólo compatible con la norma cuestionada, sino que, como ya hemos dicho, contribuye a justificar la finalidad a que responde el precepto”.

III. ASPECTOS JURIDICO-SUSTANTIVOS

La implicación de aspectos jurídico-sustantivos, de orden penal y civil en el régimen jurídico de la esterilización, plantea diversas cuestiones, que hemos de analizar desde la norma integradora de aquél, el vigente art. 156 del CP.

La esterilización es una medida relevante también para el Derecho civil, en cuanto afecta a los bienes de la personalidad, y que podría haberse regulado en el CC, como sucede con el internamiento ⁽²²⁾, aspecto que se ha de tener presente en la interpretación del precepto.

Pretender una conclusión interpretativa sobre el régimen jurídico de la práctica de la esterilización exige articular el distinto contenido de los dos párrafos que integran el art. 156 CP. Parece necesario diferenciar dos ámbitos y objetos en la regulación que contiene aquél: La regulación penal de la esterilización desde la relevancia del consentimiento como causa de exención de responsabilidad criminal (esterilización consentida no punible), en su párrafo 1.^º y la

⁽²²⁾ M. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. “La protección civil del enfermo mental no incapacitado”, Bosch. Barcelona, 1992.

regulación de la esterilización de personas “incapacitadas”, como supuesto específico, en el que se implican aspectos jurídico-penales, privados y procesales. Se trata de determinar a qué personas se refiere el precepto en sus también distintos supuestos y ámbitos de regulación, quienes pueden consentir eficazmente la práctica de la esterilización y respecto de quienes, puede autorizarse judicialmente la misma.

1. Esterilización consentida no punible (párrafo 1.º del art. 156 CP).

Hicimos ya referencia al significado y la relevancia del consentimiento como causa de exención de la responsabilidad criminal en relación a aquellas conductas que implican una agresión a la integridad física, a las diferentes regulaciones de que ha sido objeto en nuestro Derecho penal, y al tradicional y amplio debate doctrinal sobre ello. *El consentimiento como institución propia del Derecho penal sirve para la determinación de los presupuestos del merecimiento de pena a la que no es aplicable la teoría del consentimiento elaborada en el ámbito del derecho privado*⁽²³⁾. La problemática general, planteada en torno a las “lesiones”, y a conductas concretas como las citadas, de trasplante de órganos, cirugía transexual y esterilización, tiene específicas connotaciones en referencia a esta última cuando el sujeto a quien se practica es una “persona incapaz”.

Regulan el apartado 1.º del precepto los requisitos que han de concurrir en este consentimiento del sujeto pasivo para que pueda producir aquella eficacia de exención de responsabilidad criminal: válido, libre, consciente y expresamente emitido, y de la expresa reputación de invalidez para el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz: *“no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por el facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”*.

La interpretación y aplicación de lo dispuesto en este primer párrafo del art. 156 exige determinar quiénes han de ser considerados menores de edad o incapaces, y para ello hemos de partir de la diferencia conceptual de la capacidad/incapacidad en el ámbito civil y penal.

⁽²³⁾ QUINTERO OLIVARES “Comentarios Parte Especial Derecho Penal”. A. 1996.

A. Concepto penal de “incapacidad”, el criterio material de la capacidad.

La capacidad viene referida en el derecho penal, desde un criterio material, a la “*capacidad natural de juicio*”, será capaz quien puede comprender el sentido y transcendencia de su decisión; expresamente se recoge hoy en el CP la norma general en torno al concepto de incapacidad, en su art. 25:” *a los efectos de este código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*”.

La nota definidora de la incapacidad para el legislador penal consiste en el padecimiento de “*una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*”, por tanto la persistencia y la consecuencia de la deficiencia, son elementos determinantes de aquélla; destaca el paralelismo con la regulación civil de las causas de incapacitación en el art. 200 CC, si bien la incapacidad penal no exige la previa incapacitación civil, podrá ser incapaz penalmente a los efectos referidos, quien no ha sido incapacitado. La incorporación del precepto citado en el CP resulta innovadora, el concepto así definido se reitera en la regulación de las diferentes conductas tipificadas, en referencia a la condición de “incapaz” de la víctima o sujeto pasivo del delito o falta. No se está ante el concepto o definición legal de “incapaz de culpabilidad” o inimputable, pese a la confusión que, en principio, pudiera plantearse⁽²⁴⁾. Desde esta perspectiva la determinación de si la víctima ha de considerarse persona “incapaz” o no, queda atribuida al juez penal, a los efectos del enjuiciamiento del delito, no exige la previa declaración de incapacidad, por lo que podrá ser considerado “incapaz” a aquellos efectos, quien no se halla incapacitado civilmente; la previa declaración de incapacidad de la persona, en función de su alcance, operará, entendemos, como elemento esencial y determinante en la valoración y enjuiciamiento penal de la conducta. La *incapacidad penal* así definida opera como circunstancia subjetiva de la víctima, como causa de agravación de la conducta en diversos delitos, como supuesto en que sea precisa la suplencia de la legitimación para ejercicio de acciones penales, y, en el aspecto que especialmente nos interesa, de constituir aquélla *presupuesto para valorar la eficacia del perdón o del consentimiento que la persona pudiese prestar*.

En principio desde este concepto de incapacidad penal, podemos concluir que “*incapaces*” a los efectos de otorgar consentimiento con eficacia de eximir de responsabilidad penal a quien practique la intervención son aquellas personas a las que se refiere el art. 25 del CP, cuya enfermedad sea persistente y

⁽²⁴⁾ MARTINEZ PEREDA, J.M., cit. “Manual Jurídico de Psiquiatría Legal y Forense”, op. cit.

conlleve esta imposibilidad de gobierno por la misma de su persona y bienes, correspondiendo al juez penal que enjuicie la conducta esterilizadora si ésta se ha llevado a cabo, determinar si concurre en el sujeto pasivo tal condición de “incapaz”. Recordemos que la persona que puede considerarse “incapaz” a efectos penales, no necesariamente ha de hallarse incapacitada civilmente, aunque debiera serlo.

B. Minoría de edad y capacidad para consentir.

Determinar si la edad opera como requisito del consentimiento para que éste sea eficaz, o si puede establecerse una edad cronológica para estimar que una persona tiene plena capacidad para consentir, ha constituido tradicionalmente un problema debatido por la doctrina. Se plantea en definitiva si el concepto de menor a estos efectos de relevancia del consentimiento para excluir la responsabilidad penal de otra persona, si dicho concepto coincide con el de la minoría de edad civil o si tiene un significado específico en el ámbito del Derecho penal. Tres líneas interpretativas sostienen criterios distintos: el criterio de la imputabilidad (coincide inimputabilidad y capacidad, y la edad de dieciséis años determina ambas), el sector que entiende que lo decisivo para el derecho penal a la hora de determinar la relevancia o eficacia del consentimiento es la capacidad de discernimiento, la capacidad natural de juicio y entendimiento, no que la persona tenga necesariamente “capacidad civil de obrar”, y la de la *doctrina mayoritaria que se inclina por afirmar que menor será el que no haya cumplido los dieciocho años*, por resultar acorde con la determinación constitucional, y en el Derecho civil, entendiéndose que inequívocamente los arts. 155 y 156 CP, y el anterior 428.2, se refieren a nociones civiles⁽²⁵⁾. Destaca en este sentido que en tanto el nuevo código define el término “incapaz”, y le dota de un significado diferente al del Derecho civil, no lo hace así con el de “menor”, por lo que su interpretación coincidirá con el de éste.

C. Capacidad y consentimiento viciado.

Otros supuestos que pudieran plantearse de consentimiento prestado por personas que no puedan considerarse incapaces penal ni civilmente, habremos de remitirlos en cuanto a la validez de aquél a la teoría general de los vicios del consentimiento; sería por otra parte, difícil, dada la naturaleza de la intervención, que pudiera prestarse el consentimiento bajo los efectos de una enajenación mental transitoria.

(25) URBANO GOMEZ S. “Minoría de edad penal. Capacidad para consentir: especial consideración a las intervenciones médicas”. Actualidad Jurídica A., 23-IV-1998.

Podemos *concluir* que no pueden consentir válidamente la esterilización los menores de edad, las personas que padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona por sí misma (art. 25 CP), hayan sido o no incapacitadas judicialmente, y quienes por causa de cualquier otra enfermedad o trastorno psíquico no persistente, carezcan al tiempo de prestar aquél de la suficiente capacidad para prestarlo con los requisitos de validez, libertad y consciencia (art. 156.1 CP)⁽²⁶⁾.

2. Esterilización no punible de personas incapacitadas (párrafo 2.º del art. 156 CP).

El párrafo 2.º del art. 156 CP contiene desde el aspecto penal una excepción legal, necesaria desde la tipificación de la esterilización como modalidad de lesión, y desde lo establecido en el art. 155. Pero además regula aspectos sustantivos y procesales, cuyo análisis precisa acercarnos al concepto de incapacidad en el Derecho civil, con el fin de acotar el ámbito de aplicación del régimen excepcional que contiene: la permisividad legal de práctica de esterilización a persona incapaz.

A. Concepto civil de incapacidad.

La capacidad aparece regulada con carácter general en el CC, distinguiendo entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo la primera atributo de toda persona, y consistiendo en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, no sucede así en relación a la capacidad de obrar. La “incapacidad” viene referida pues, a la limitación o carencia de esta última, es decir de la aptitud “general” para realizar eficazmente actos jurídicos, en tanto la minoría de edad, no conlleva la “incapacidad de obrar”, sino una limitación de la misma.

La norma establecida en el CC, en su art. 322, es la presunción de capacidad “para todos los actos de la vida civil” de los mayores de edad, “salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código”, por lo que la regla general es la capacidad de obrar, y la incapacidad, una excepción, que habrá que alegar y probar. La doctrina civilista viene debatiendo exhaustivamente acerca de si la incapacidad proviene de la declaración judicial o de la mera existencia de la enfermedad, si el “demente no incapacitado es, técnica-

⁽²⁶⁾ El “consentimiento” que determina la exención de responsabilidad, pese a la concurrencia de la lesión típica ha de provenir de un sujeto naturalmente capaz, ser externamente reconocible, y, en todo caso, libre...” (STS 2.ª 26-X-1995).

mente hablando, un incapaz, o bien es una persona capaz, pero enfermo⁽²⁷⁾, debate centrado básicamente entre los defensores de la tesis “jurídico-formal” tradicional (De Castro), que entienden la “incapacidad” como estado civil, limitativo de la capacidad de obrar, perspectiva desde la que la sentencia o declaración judicial de aquélla tendrá efectos constitutivos, y los autores que se alinean en lo que denominan “orientación jurídico-realista” (Delgado, Gordillo Cañas, Martínez Vázquez de Castro), desde la que se sostiene, como admitían los primeros comentaristas del CC, sobre la distinción entre incapacidad legal y natural, que terminológicamente el enfermo no incapacitado es ya un incapaz, y que el código al utilizar la expresión “incapaces” se refiere tanto al incapacitado como al enfermo no incapacitado⁽²⁸⁾. La mayoría de la doctrina se alinea en la primera posición, concluyendo que *no existe en nuestro Derecho una situación e incapacidad natural como estado de la persona; no hay una situación específica de enfermo mental no incapacitado*⁽²⁹⁾ no siendo nuestro objeto profundizar en la naturaleza de la incapacidad, si resulta necesario tener presente la distinción entre lo que podemos denominar “incapacidad de hecho” e “incapacidad de derecho”: el esquema se reduce en principio a la distinción entre capacidad de obrar, presumida respecto de los mayores de edad, y la “incapacidad”, que únicamente será predicable respecto de aquellas personas que hayan sido incapacitadas, de conformidad con el art. 199 CC, por concurrir en ellas alguna de las causas previstas en el art. 200, “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, incapacitación que podrá ser gradual y cuyo alcance determinará la sentencia (art. 210 del CC).

B. La “incapacidad de hecho” entendida como “incapacidad de consentir”.

Desde el concepto formal de la capacidad, defendido mayoritariamente por la doctrina civilista, y la presunción general de la capacidad, la incapacidad sólo se produce por la sentencia judicial que la declara. El problema de los actos y negocios jurídicos que realicen las personas que padezcan enfermedad o trastorno afectante a su capacidad mental se resuelve desde la referencia al “consentimiento”. Los posibles vicios del acto jurídico y por tanto el fundamento de

⁽²⁷⁾ M. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. “La protección civil del enfermo mental no incapacitado”, Bosch. Barcelona, 1992.

⁽²⁸⁾ DELGADO ECHEVARRIA, cit. M. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. “La protección civil del enfermo mental no incapacitado”, Bosch. Barcelona, 1992.

⁽²⁹⁾ CABRERA MERCADO “El proceso de incapacitación”, McGraw-Hill. Madrid, 1998.

su impugnación, habrán de referirse a la falta de consentimiento y no a la falta de capacidad, ⁽³⁰⁾ su capacidad de obrar es plena, *es formalmente capaz, ya que es independiente, no está sometido a potestad alguna, y no tiene una prohibición genérica de actuar.* ⁽³¹⁾ Los actos y negocios que realicen, *habrán de examinarse para comprobar si en ellos existe o no consentimiento o voluntad, cuando esos elementos sean requeridos para la validez del acto. Tales actos podrán ser anulados por la vía de los vicios de consentimiento, en la medida en que la disciplina de estos últimos lo permita.* ⁽³²⁾

El derecho del enfermo mental no incapacitado es por tanto un derecho de actos concretos ⁽³³⁾. La “incapacidad de hecho” o “incapacidad presunta”, tanto si es transitoria o persistente, opera en relación a la capacidad negocial o de contratación desde la exigencia del consentimiento de los contratantes para la existencia del contrato establecida en el art. 1261.1.º del CC; la cuestión del alcance de aquélla, en orden en último término a la posibilidad de impugnación de los actos realizados por los “incapaces de hecho”, por falta de consentimiento válido, hoy se halla simplificada y en principio resuelta desde la nueva redacción del art. 1263 del CC reformado por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, al establecer que “no pueden prestar consentimiento 1. Los menores no emancipados. 2. Los incapacitados”, recogiendo el criterio interpretativo que venía considerando que el antiguo 1263.2, había de entenderse referido a los incapacitados.

Las excepciones a la presunción general de capacidad vendrán determinadas por aquellos supuestos en que la ley expresamente determina la incapacidad para la realización de un acto determinado de aquella persona cuya capacidad natural de discernimiento o juicio pueda verse afectada, bien por que lo esté habitualmente o en el momento o al tiempo de otorgar el consentimiento o manifestar la voluntad, y establece la necesidad de una comprobación previa de la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento (art. 56 del CC, consentimiento para contraer matrimonio, art. 662 y ss. del CC para otorgar testamento) fuera de estos supuestos, en principio el incapaz de hecho actuará en el tráfico jurídico, y los actos realizados, adolecerán en su caso de un vicio

⁽³⁰⁾ CABRERA MERCADO “El proceso de incapacitación”, McGraw-Hill. Madrid, 1998.

⁽³¹⁾ M. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. “La protección civil del enfermo mental no incapacitado”, Bosch. Barcelona, 1992.

⁽³²⁾ DIEZ-PICAZO. “Fundamentos de Derecho civil patrimonial I” y Puig Buitrau. “Fundamentos de Derecho Civil”.

⁽³³⁾ M GARCIA-RIPOLL MONTIJANO. “La protección civil del enfermo mental no incapacitado”, Bosch. Barcelona, 1992.

invalidatorio, como lo es no poseer la persona las facultades suficientes de inteligencia y voluntad para prestar el consentimiento, que determinará generalmente la anulabilidad, no la nulidad radical de aquellos.

C. La capacidad de obrar y la minoría de edad civil.

La minoría de edad no determina la carencia de capacidad de obrar, sino tan sólo su limitación, el Derecho civil reconoce al menor aquella para realizar determinados actos (consentimiento para la adopción, del mayor de doce años, art. 177.1 CC, para testar, a excepción del ológrafo, arts. 663 y 688 CC, para contraer matrimonio, si se obtiene dispensa, art. 48 CC). No es pues equiparable minoría de edad e incapacidad de obrar civil, es por ello por lo que el art. 201 CC prevé expresamente (tras la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre) la posibilidad de incapacitación judicial de los menores, cuando concurra en ellos causa de incapacitación, tipificadas en el art. 200 CC (que razonablemente se prevea que persista después de la mayoría de edad).

D. La suplicia del consentimiento de los incapaces: la exigencia de incapacitación por causa de deficiencia psíquica grave.

Una vez determinado el alcance del concepto de incapaces a los efectos del párrafo 1.º del art. 156 CP, es decir, qué personas son capaces para otorgar el consentimiento, que eximiera de responsabilidad penal a quien la practicara, una interpretación integradora de dicho precepto nos exige determinar respecto de quienes no sean capaces a estos efectos, si su consentimiento puede suplirse mediante la autorización judicial prevista por el párrafo 2.º de dicho artículo, o si ello únicamente es posible respecto de los “incapacitados judicialmente”. La utilización del término “incapacitada” en la actual redacción del precepto, no admite duda en cuanto a que el ámbito de la excepción, esterilización autorizada judicialmente, se reduce a quienes han sido incapacitados mediante sentencia firme, sean mayores o menores de edad, y no cualquier persona incapacitada sino únicamente quien lo haya sido por razón de enfermedad grave. Sí se plantearon problemas interpretativos importantes en tanto la regulación contenida en la norma penal, antes y después de las reformas de 1983 y 1989, ya que adolecía de imprecisión terminológica, en orden a determinar si la autorización judicial de la esterilización procedía en el primer supuesto referido, o era precisa la previa incapacitación para poder autorizar la medida, planteándose en este caso respecto de los incapaces “de hecho”, la imposibilidad de esterilización legal o justificada; y, asimismo en orden a la permisividad legal de la posibilidad de esterilización de los menores de edad, afectados por una deficiencia psíquica grave.

La redacción del art. 428 tras la reforma de 1983, no prohibía expresamente la práctica de la esterilización a personas incapaces, pero no preveía la forma de

suplir el consentimiento de éstos, no estimando suficiente el de sus representantes legales, las dudas interpretativas motivaron la consulta 3/1985 a la Fiscalía General del Estado, acerca de la posibilidad de aprobación judicial de aquélla. El criterio adoptado en la Circular de 30-IV-1985, fue entender que no era posible la autorización judicial supletoria, ya que la no previsión por la ley determinaba que aquélla fuera un acto contra ley, y que la inhabilitación que la norma establecía para la prestación del consentimiento a los efectos de no punibilidad, alcanzaba no sólo a los incapacitados sino también a los incapaces presuntos, en función en el primer caso del alcance o graduación de la incapacitación, y en el segundo a la gravedad de la deficiencia padecida.

La LO 3/1989, introdujo ya la previsión legal expresa de la esterilización de personas incapaces, pero la redacción del párrafo 2.º del art. 428 presentó igualmente dificultades interpretativas, especialmente en relación al alcance y naturaleza de la incapacidad y a las cuestiones procesales que esa autorización provoca, como destacó la Circular 2/1990 de la FGE sobre la aplicación de la reforma operada por la L. 3/1989. La STC 215/1994, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de aquél, resuelve las dudas planteadas desde la utilización de los términos “menor e incapaz”, y “persona incapaz” (párrafos 1.º y 12.º art. 428) en cuanto a la exigencia de incapacitación previa para la autorización judicial.

La *solución sostenida por el TC* vincula los dos aspectos involucrados en la cuestión planteada:

— El problema de *sustitución del consentimiento* en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, que se convierte en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal” (desde este presupuesto analiza la STC la justificación de la medida con fundamento en los derechos y valores reconocidos constitucionalmente).

Solución no compartida unánimemente, en cuanto sobre ella haya de fundamentarse la legitimidad de la posibilidad arbitrada por la ley, así en el voto particular del Sr. Gabaldón López se afirma: “...*lo que se legitima pues, es esa lesión física, autorizada por terceros: el representante legal que la solicita y el juez que la autoriza, supliéndose así la incapacidad. Entiendo sin embargo que no puede ser suplida la incapacidad para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza*”.

— La exigencia de *previa declaración de incapacidad*, y la solicitud por la representación legal del incapaz. Coincidiendo con el criterio interpretativo ya expresado por la Consulta 1/1991, la doctrina del TC, contenida en la reiterada sentencia 215/1994, es la exigencia de la previa incapacitación de la persona, que se apoya en la necesaria solicitud de los representantes legales: “... *Sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse*

judicialmente de no existir la solicitud mencionada. Añádase que la petición del representante legal de que habla el art. 428 CP en el inciso cuestionado presupone lógicamente —tratándose como se trata de deficientes psíquicos mayores de edad, que son los únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante semejante petición— una previa incapacitación de los mismos declarada jurisdiccionalmente en otro proceso”.

Destaca el dato de que desde esta interpretación parecía restringirse la posibilidad de autorizar judicialmente la esterilización de menores afectados por deficiencias psíquicas graves, la duda de si en ningún caso podía autorizarse la esterilización de una persona menor de edad, o bien esta posibilidad quedaba limitada al supuesto de la previa incapacitación del menor, en el supuesto previsto por el art. 201 del CC; la exclusión de la esterilización de los menores, se podía sostener desde la interpretación conjunta del párrafo 1.º y 2.º del art. 428, entendiendo que el 2.º se refería solamente a los incapaces. La actual redacción del art. 156 CP, resulta en este aspecto clara, al no utilizarse el término persona incapaz, sino incapacitada, la cual podrá ser mayor o menor de edad.

E. Criterios rectores de la autorización judicial.

Quizá el problema más importante que plantea la norma penal reguladora es la ausencia de regulación de los requisitos de fondo que han de concurrir para que proceda la autorización por el juez de la práctica de la esterilización, la laguna del precepto en este aspecto sustantivo es más patente que en el aspecto procesal, que aunque precisado de mayor concreción, al menos es contemplado en cuanto a las garantías esenciales a cumplir en el procedimiento.

Así lo refleja el voto particular del Sr. González Campos, a la STC 215/1994, *“por ello, era obligado a mi parecer que la exclusión de punición en el CP debiera haber ido acompañada de una ordenación legal en la que se regulasen con claridad y precisión los presupuestos materiales de la medida, así como los aspectos procesales de su autorización judicial”*. También la SAP Barcelona de 6-X-1995, pone de relieve esta ausencia de regulación “civil” o sustantiva: *“Quinto... ya en el ámbito del Derecho civil de familia debemos constatar la falta de desarrollo legislativo del tema pues el legislador no ha descrito los requisitos de fondo necesarios para legitimar la intervención, limitándose a enumerar las garantías procesales. Tampoco tenemos al respecto un desarrollo jurisprudencial del tema.”*

Las posiciones doctrinales, se sitúan desde *tres perspectivas*:

— El derecho a disponer del propio cuerpo es un derecho personalísimo e indisponible. Enfoque desde el cual se concluye la *imposibilidad de suplir el consentimiento* de las personas incapaces, así el voto particular del Sr. Gabaldón López: *“...entiendo sin embargo que no puede ser suplida la incapacidad*

para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza”.

— El criterio rector ha de ser el del “interés” del incapaz. Este es el acogido por el TC, en la reiterada S. 215/1994, al fundamentar la justificación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, afirma su legitimidad “*desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines*”.

— El criterio en el que habrá de fundarse la decisión judicial de autorizar la práctica de la esterilización será pues que la medida tienda a conseguir este mayor interés y bienestar, “*welfare and best interest*”, alegado y probado, que sostiene la doctrina angloamericana, en conjugación con la *adecuada proporcionalidad de aquélla con el sacrificio o lesión del derecho a la integridad*. Proporcionalidad que exige en términos de la STC 215/1994: “*... sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible (...), de sus potencialidades genésicas*”. Desde este prisma de la proporcionalidad, en todo caso quedará excluida la posibilidad de autorizar la intervención, cuando implique un riesgo “grave”, para la salud del incapaz; la valoración del riesgo, en todo caso desde los dictámenes de los especialistas que se recaben en el procedimiento, y la determinación de cuál sería el admisible, pues toda intervención puede implicarlo, es cuestión también debatida, no obstante la conclusión en que podemos convenir es que todo riesgo que exceda de los que la ciencia médica admite como inherentes a la intervención misma, deben excluir la adopción de la medida, por la mayor protección exigible del esencial derecho a la integridad física.

La necesaria fundamentación de la resolución que el juez adopte, sobre la base de los criterios referidos, “interés del incapaz”, como causa de justificación, y proporcionalidad de la medida autorizada y la protección del derecho de la persona a la integridad, a la dignidad y libre desarrollo de su personalidad, exigirá en el procedimiento el despliegue de la oportuna actividad probatoria, a fin de que resulte acreditado en definitiva el fundamento de la pretensión en tal sentido ejercitada por el representante legal del incapaz.

IV. ASPECTOS PROCESALES: PROCEDIMIENTO PARA LA AUTORIZACION JUDICIAL DE LA ESTERILIZACION DE PERSONAS INCAPACES

La norma penal, actual art. 156 del CP, contiene una regulación de los aspectos procesales de la autorización judicial de la esterilización, no completa, ni mucho menos exhaustiva en cuanto a la ordenación del procedimiento, pero en la que sí se contienen las garantías procesales necesarias para la adopción de aquélla. Enumera el art. 156 del CP cuatro garantías esenciales: solicitud del representante legal del incapaz, dictamen de dos especialistas, intervención del ministerio fiscal y la exploración del incapaz.

La STC 215/1994, analiza en su FD 3.º la operatividad de dichas garantías, *“garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas incapaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz”*.

1. Determinación del procedimiento “ad hoc”.

Una de las lagunas que ofrecía el antiguo art. 428 CP era precisamente el aspecto procedimental, la STC 215/1994, que declaró la constitucionalidad del precepto, consideró suficientes las garantías que “habían de obtenerse en el procedimiento”, sobre las que en definitiva va a justificarse la autorización, si bien la determinación del cauce procesal adecuado no hallaba regulación legal expresa. Aun cuando quedaba claro el contenido mínimo esencial en orden a las actuaciones que habrían de integrar el procedimiento (solicitud del representante legal, dictamen de dos especialistas, intervención del MF y exploración del incapaz), tendentes a la obtención de aquellas garantías, la no solución legal respecto del procedimiento adecuado planteaba problemas importantes, fundamentalmente en orden a determinar la procedencia del trámite del juicio declarativo o del expediente de jurisdicción voluntaria.

La cuestión motivó la formulación de Consulta 1/1991 a la FGE que fue evacuada con fecha 31-I-1991. Las tesis contrapuestas propugnaban la utilización del procedimiento de jurisdicción voluntaria (normas generales del título 1.º del libro III de la LEC), o el juicio declarativo de menor cuantía. La opción por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, se justificaba en la ausencia de contradicción obligada, y en los elementos normativos recogidos en el art. 428 del CP, *“integradores de los clásicos procedimientos de jurisdicción voluntaria”*, y con fundamento en la DA de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela, al establecer que los procedimientos distintos de la incapacitación y prodigalidad, derivados de los Títulos IX y X del Libro I del CC se tramitarán por las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción volunta-

ria. Los argumentos en favor de la adecuación del juicio de menor cuantía, giran en torno a que la *“lesión o agresión quirúrgica a la integridad física del incapaz, debe conformarse con el principio de contradicción a través del juicio de menor cuantía”*, más garantizador, y con apoyo en el art. 484 de la LEC.

La Fiscalía General opta por el criterio de la mayor adecuación del procedimiento de *jurisdicción voluntaria*, sobre la base de los argumentos que extractamos:

— La no existencia de una verdadera contradicción procesal entre partes: la pretensión se dirige al juez que es quien ha de integrar un elemento de no punibilidad de la conducta, mediante la autorización supletoria del consentimiento, siempre en aras del mayor beneficio del incapaz.

— El carácter abierto de la enumeración contenida en la LEC respecto de los actos de jurisdicción voluntaria, y las Disposiciones Transitoria 10.^a-1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 (aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente ley, filiación y patria potestad) y Adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 (aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para las autorizaciones relacionadas con la incapacidad, tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados).

— La suficiencia de la garantía que ofrece el procedimiento de jurisdicción voluntaria en orden a la consecución de la tutela judicial efectiva, al permitir la audiencia no sólo del promotor, sino de cualquier persona, con interés legítimo, o de quien considere conveniente el juez, y la plenitud del sistema de recursos, con la posibilidad incluso de casación (arts. 1822 y 1687 LEC).

El precepto vigente contiene una referencia expresa al procedimiento a seguir, *“... haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo”*, con ello parece el legislador colmar la laguna existente, en la anterior redacción del art. 428 del CP, y prevé dos vías procesales que pueden ser idóneamente utilizadas. El expediente de jurisdicción voluntaria será el procedimiento adecuado, cuando ya se haya declarado la incapacidad en el previo juicio de menor cuantía, mediante sentencia que haya adquirido firmeza, en tanto la formulación y consiguiente tramitación de la solicitud de autorización judicial de esterilización en el procedimiento de incapacitación, procederá cuando este se halle en curso, o bien coetáneamente con la demanda de incapacidad.

La solución aportada por el nuevo precepto no se halla exenta de problemas en orden a su aplicación práctica, la posibilidad de plantear la solicitud de autorización de la esterilización al propio tiempo que se insta la incapacidad, o durante el proceso para ello, parece responder a la pretensión de conseguir una mayor prontitud en la resolución de aquélla, pero en todo caso es necesario

esperar a que se dicte sentencia y ésta adquiriera firmeza, con lo cual únicamente se hace posible avanzar la tramitación, puesto que la resolución sobre la solicitud de esterilización quedará siempre sujeta temporalmente a la duración del procedimiento de incapacidad; partiendo de que la tramitación de esta clase de solicitudes es breve, la diferencia temporal va a ser escasa, respecto del supuesto que se solicite con posterioridad a la firmeza de la sentencia de incapacitación.

Frente a esta escasa efectividad de la previsión legal, la misma ofrece ciertos aspectos de discutible interpretación, la posibilidad de “solicitud del representante legal del incapaz”, en tanto si se trata de mayor de edad carecerá lógicamente de representación legal hasta que no sea incapacitado, y la no concreción de si procede aplicar las normas procedimentales de la jurisdicción voluntaria, aunque se tramite coetáneamente al proceso de incapacitación, o por contra ha de tramitarse conjuntamente con éste, como una pretensión del propio proceso y por tanto, por el mismo procedimiento, el declarativo de menor cuantía.

A. Expediente de jurisdicción voluntaria.

Ante la carencia de una regulación específica de esta clase de expedientes cuyo objeto sea la autorización judicial de la práctica de esterilización de una persona incapaz, resultan aplicables las normas generales de la materia de jurisdicción voluntaria, el Título I “Disposiciones generales”, del libro III LEC, artículos 1811 a 1824, con la necesaria adecuación de su tramitación, a las especificidades de la pretensión: ha de imperar el principio de ausencia de formalidades, quiebra del principio dispositivo, en tanto sea necesario por el carácter de los derechos que han de protegerse. Así lo preveía la Ley 13/1983, de 24 de octubre que introdujo importantes reformas en materia de incapacitación, e instituciones tutelares, al establecer en su DA única *“que los demás procedimientos (aparte la incapacitación y declaración de prodigalidad), derivados de los Títulos IX y X del Libro I del CC, se tramitarán con arreglo a las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción voluntaria”*. Recientemente la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC, recoge el mismo criterio, pero complementa dicha disposición en su DA 3.^a estableciendo que, con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del CC *“se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria...”*, y regula las particularidades propias de aquéllas: actuación de oficio del Juez y MF en interés del menor o incapacitado, pudiendo proponer y adoptar las medidas o pruebas que estimen oportunas, asesorando y supliendo la pasividad de los particulares, no necesidad de intervención de Abogado y Procurador, y la tramitación de la posible oposición en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso.

No se halla recogida la autorización judicial de esterilización entre las actuaciones previstas en los referidos títulos del CC (internamientos, nombramientos de defensor judicial, tutela y guarda de menores e incapacitados), y pudiera haberse regulado, en la reforma operada por dicha ley. La tramitación específica de esta clase de actuaciones; ante la laguna legal en principio se plantea si las peculiaridades ahora recogidas en la DA 3.^a referida serían de aplicación a las mismas; una interpretación analógica, nos permite entender aplicable el régimen procedimental referido en la DA 3.^a de la misma, a esta clase de expedientes de jurisdicción voluntaria, máxime cuando la modificación introducida pretende dotar de una mayor agilidad a los procedimientos relativos a menores e incapaces, y reforzar las garantías procesales en aras de evitar posibles indefensiones, sin embargo entendemos que se impone alguna precisión, en relación al principio inquisitivo y a su operatividad en estos expedientes, desde la exigencia legal de “solicitud del representante legal”, y la finalidad garantizadora de la misma, a la que haremos referencia.

B. Tramitación de la solicitud de autorización judicial de esterilización en el procedimiento de menor cuantía de incapacidad.

La posibilidad de solicitar la autorización judicial para la esterilización de persona aún no incapacitada, ha sido expresamente recogida en el actual art. 156 del CP, si bien nada obviaba tal posibilidad en la situación anterior a la reforma del CP, teniendo en cuenta la ausencia de disposición legal expresa sobre la normativa procesal aplicable a esta clase de solicitudes.

La exigencia en todo caso de la previa declaración judicial de incapacidad de la persona cuya esterilización se solicite, conlleva la imposibilidad de pronunciamiento judicial sobre la solicitud que se formule en el declarativo de menor cuantía, hasta en tanto no recaiga sentencia en tal sentido y adquiera firmeza, no obstante, podrá tramitarse la solicitud y atender al cumplimiento de este requisito antes de resolver sobre la misma.

Problemas que plantea la introducción de la previsión legal:

— *Legitimación.*—La solicitud ha de formularla el “representante legal del incapaz”, según el tenor del art. 156 CP, la exigencia legal nos sitúa ante dos cuestiones no resueltas: partiendo de que el legislador admite la posibilidad de formular la petición con anterioridad a la incapacidad, cuya existencia, no obstante, exige para autorizar la esterilización, sobreviene el problema de la admisibilidad de legitimación para ello, y la concreción del sujeto en que recae; nos hallamos ante el problema de la ausencia de representación legal de quien siendo mayor de edad, no ha sido incapacitado, y por otra parte en relación al supuesto de que se trate de menor de edad, cuya incapacidad se inste, aun teniendo representantes legales, si éstos se hallan legitimados para poder formular la petición, en tanto no se halle incapacitado. Creemos que ha de enten-

derse que en este supuesto, cuando se solicite la esterilización al tiempo que la incapacitación (o durante el proceso), se considera legitimado para formular la petición a aquellas personas que lo están para instar la incapacidad (legitimación “funcional” del art. 200 CC), otra solución nos llevaría a negar toda efectividad a dicha previsión legal; la sentencia que recaiga y en su caso declare la incapacidad establecerá el régimen de guarda o tutela, y la continuación en sus funciones del administrador nombrado judicialmente, en su caso, pero no se concretará la persona en que haya de recaer el cargo de tutor, lo que se llevará a cabo posteriormente en expediente “ad hoc”, ni necesariamente ha de coincidir ésta con quien instó la incapacidad, por ello si restringimos la legitimación al representante legal, habríamos de esperar a la constitución de la tutela para iniciar la tramitación, y el tutor solicitar, no ya ratificar, la petición de autorización judicial de esterilización. Admitida la legitimación para formular aquélla de quienes lo están para instar el proceso de incapacitación, en el supuesto de que en el momento de resolver la autorización (necesariamente pospuesto a la firmeza de la sentencia de incapacidad), fuera distinta la persona que ostente la representación legal del ahora incapacitado, entendemos necesario que se ratificara por ésta aquella petición.

— La *exigencia de incapacitación* de la persona para poder autorizar judicialmente la esterilización, impide, como resulta obvio, que esta autorización recaiga con anterioridad a la sentencia, no obstante puede resultar discutible si cabe un pronunciamiento coetáneo en ésta sobre la solicitud que se haya formulado con la demanda o en el curso del procedimiento, que adquiriría efectividad con la propia declaración de incapacidad, al adquirir firmeza la sentencia. No sería ésta la solución que impone el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, cuyos efectos se producirán desde su firmeza, y la limitación que al contenido del fallo impone el art. 210 CC, (determinación de la extensión y los límites de la incapacidad y régimen de tutela o guarda), de conformidad con los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial del TC, contenida en las SS de 22-VII-1993 y 27-I-1998, en relación a la no procedencia de constituir la incapacitación y constituir la tutela, nombrando al tutor, en una misma resolución, la sentencia. Desde este criterio jurisprudencial, no parece admisible la tramitación de la solicitud de esterilización conjuntamente con la pretensión principal, la declaración de incapacidad, puesto que ni puede ni debe resolverse en la sentencia, apareciendo como solución más correcta, su tramitación coetánea, en pieza separada de los autos principales, y por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

2. Jurisdicción y Competencia.

La atribución del conocimiento de estas solicitudes a la Jurisdicción civil ha sido en ocasiones discutido, y en opinión de algunos podría haberse ubicado

en el orden jurisdiccional penal⁽³⁴⁾, hoy desde la redacción del art. 156 CP no cabe duda que el legislador al introducir la referencia al cauce procesal a seguir, procedimiento de menor cuantía o expediente de jurisdicción voluntaria, ha ratificado el criterio ya impuesto en la práctica forense de que es el orden jurisdiccional civil a quien corresponde su conocimiento, desde el criterio de que al mismo corresponde el conocimiento de las materias relativas a la incapacidad de las personas.

La competencia funcional corresponde a los juzgados de primera instancia, y específicamente al Juzgado especializado, en materia de incapacidades, si lo hubiera. En orden a la determinación de la competencia territorial, el criterio usual ha sido el de entender competente al juzgado de primera instancia del partido donde resida o tenga su domicilio la persona incapaz, pues si bien no existe regla expresa a efectos de determinación del órgano competente en el art. 63 de la LEC, ha de interpretarse que la competencia ha de atribuirse al mismo órgano competente para declarar la incapacidad, es decir, el del domicilio del demandado (art. 63.1), criterio avalado además por la exigencia de la práctica de la exploración del incapaz, actuación que ha de practicarse necesariamente en ambos procedimientos, incapacidad, y autorización de esterilización, por el mismo juez que haya de dictar sentencia, o resolver sobre la petición de autorización, sin que proceda a estos efectos el auxilio judicial, según el criterio jurisprudencial uniforme.

La referencia expresa ahora contenida en el art. 156 del CP, a la posibilidad de tramitación de la solicitud en el procedimiento declarativo de incapacitación, abunda este criterio interpretativo en orden a la atribución de competencia, si bien pudiera plantear alguna duda en los dos supuestos diferenciados que pueden plantearse, solicitud formulada en el procedimiento declarativo, o de iniciación de expediente de jurisdicción voluntaria. En el primer supuesto lógicamente la competencia corresponde al juez que conozca de la demanda de incapacitación, que habrá de ser el del domicilio del demandado, por lo que la competencia territorial para el conocimiento de ambas pretensiones, incapacidad, y solicitud de autorización habrá de coincidir necesariamente. En el supuesto de tramitación por la vía del expediente de jurisdicción voluntaria, con posterioridad al procedimiento de incapacitación, entendemos que se habrá de aplicar la regla del domicilio que tenga en ese momento la persona incapacitada, por la razón antes expuesta de la necesidad de práctica de la exploración por el propio juez que haya de resolver, resultando indiferente cuál haya sido el órgano que conoció de la incapacidad, al tratarse de un procedimiento independiente de aquél, de forma que será competente el del domicilio del incapaz en todo caso, y si

(34) DIAZ PITA, M.^a PAULA (1995), cit. “Manual de Psiquiatría Legal y Forense”.

existieren varios juzgados de primera instancia, aquel al que correspondiera en atención a las normas de reparto establecidas, o de especialización del órgano en materia de incapacidades.

3. Legitimación y limitación del principio inquisitivo.

La exigencia de “petición del representante legal del incapaz”, contenida en el actual art. 156, fue ya introducida en el derogado art. 428, en la primera regulación de la posibilidad de esterilización de incapaces, por la LO 3/1989. Es requisito de procedibilidad, que conlleva la no posibilidad de iniciación de oficio por el órgano judicial, ni a solicitud de persona distinta, ni del MF; En el supuesto de patria potestad compartida, tratándose de menor incapacitado o en virtud de su prórroga si se trata de incapaz mayor de edad, bastará la formulación de la solicitud por uno solo de los padres, si bien habrá el progenitor que no la haya formulado ser oído en el expediente, pudiendo oponerse a la medida interesada.

Esta específica regulación de la legitimación plantea algunos aspectos en orden a su justificación o finalidad y a sus consecuencias en relación a los principios rectores del procedimiento.

La excepcionalidad que impone el precepto al principio inquisitivo, la diferente operatividad del mismo en esta clase de actuaciones en relación a otras como las de constitución de instituciones de tutela, guarda y defensa de incapaces, radican en la finalidad garantizadora con que opera la exigencia de dicha solicitud, en términos de la STC 215/1994: “F.D. 3.º... Tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental, sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el juez... La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto... por tanto, sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse judicialmente de no existir la solicitud mencionada... en suma, pues, la necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos; La autorización del juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes”.

Es la autorización judicial la que opera en sustitución del consentimiento del incapaz, como requisito de no punibilidad de la conducta, como ya hemos referido, pero dicha autorización queda limitada por la exigencia de esta petición o solicitud del representante legal, por las razones garantizadoras expuestas.

Nos hallamos ante un procedimiento especialmente garantizador, las actuaciones que integren el mismo habrán de tender siempre a ello, ya que en último término han de legitimar la decisión de autorizar la esterilización del incapaz, y tendentes a acreditar que la medida se adopta en base al “interés del incapaz”, se trata de evitar que responda a otros intereses diferentes, sean los poderes públicos o los de los propios representantes, como destaca el TC. Esta es la razón por la que se impone una articulación de los principios inquisitivo y dispositivo como rectores del procedimiento.

Si el principio inquisitivo en garantía de los intereses del incapaz ha de operar, habrá de hacerlo con las necesarias limitaciones, por ello entendemos que serán aplicables las especialidades establecidas en la DA 3.^a de la LO 1/1996 a excepción de la iniciación de oficio del procedimiento, y con algunas matizaciones importantes: la adopción y proposición de medidas, diligencias y pruebas que se estimen oportunas por el Juez o MF, tenderán a acreditar que la medida responderá al interés del incapaz, siempre en forma supeditada a la rogación del representante legal. Será a éste a quien corresponda no sólo iniciar e impulsar el procedimiento sino acreditar las circunstancias concurrentes que justifican que se adopte la medida, y frente a su pretensión el papel del juez y del MF será la vigilancia del cumplimiento de las garantías procesales, pudiendo interesar este último la práctica de diligencias “para mejor proveer”, pero nunca suplir la actuación de la parte, de tal forma que si por ésta no se acredita suficientemente la conveniencia y justificación de la medida esterilizadora, procederá denegar la autorización. ⁽³⁵⁾ En este orden, cabría plantearse la conveniencia de nombrar un defensor judicial que interviniera en el procedimiento, por la posible contraposición de intereses entre el representante legal (padre, madre, tutor), y el incapaz, si bien, entendemos, que el carácter de la intervención del MF, en esta clase de procedimientos, ha de entenderse como defensor del incapaz, tal como prevé el art. 207 del CC en el declarativo de incapacidad instado por particular legitimado, lo que hace innecesario aquel nombramiento, que se haya previsto precisamente para los supuestos en que la parte instante o demandante sea el MF.

⁽³⁵⁾ SAP Barcelona 6-X-1995: “Séptimo: Una última reflexión se plantea la Sala: tratándose de una materia en la que la actuación de los Tribunales es protectora y tuitiva de los incapaces pudiera entenderse moderado el principio de rogación y favorecer la investigación de oficio. Sin embargo la especial estructura del proceso civil, la esencial legitimación activa de los padres o tutores y la posible pervisión de las reglas del proceso si se actuara inquisitivamente han de aconsejar la reconducción, en lo esencial, de la carga de la alegación y de la prueba a la actividad de los litigantes”.

4. Actuaciones que han de integrar la tramitación de las solicitudes de autorización judicial de esterilización.

El aspecto procedimental adquiere una relevancia especial en relación a las autorizaciones judiciales de esterilización de personas incapaces, el legislador establece cuatro actuaciones, que por su finalidad garantizadora, habrán inexcusablemente de llevarse a cabo en el procedimiento: Solicitud del representante legal del incapaz, dictamen de dos especialistas, intervención del MF y exploración del incapaz. Se aprecia la necesidad de un desarrollo legislativo que contuviera una regulación más detallada, en respuesta a las cuestiones que plantea la práctica de aquéllas, y en orden a salvaguardar las garantías que han de revestir estos procedimientos. Trataremos de exponer la solución que la práctica forense ofrece en algunos de estos aspectos.

Ya concluimos la aplicabilidad de las normas generales de la jurisdicción voluntaria, con determinadas especialidades, a la tramitación de esta clase de solicitudes, con independencia de que se formulen con posterioridad a la sentencia de incapacitación o durante la tramitación del procedimiento de incapacitación y las actuaciones que han de integrar el procedimiento.

A. Solicitud y aportación de documentos.

Expediente de Jurisdicción voluntaria.—No se exige formalidad especial, ni requisitos de postulación, en aplicación de las normas generales de la jurisdicción voluntaria, y especialmente en la DA 3.^ª de la LO 1/1996. Será precisa la ratificación ante el Juzgado de la solicitud formulada a los efectos generales de acreditar la legitimidad formal de la misma, en el supuesto de que no se comparezca mediante Procurador. Podrán aportarse los documentos que se estimen convenientes, sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo en cualquier momento posterior, si bien, necesariamente se habrán de acreditar en este momento inicial, dos aspectos, el formal relativo a la representación que en su caso se haya conferido al Procurador, y uno material, la incapacitación declarada mediante sentencia firme, debiendo aportarse el oportuno testimonio con expresión de firmeza.

Procedimiento de incapacitación, juicio declarativo de menor cuantía.— La solicitud podrá formularse en la propia demanda, mediante otrosí, o bien mediante escrito, en cualquier fase de aquél, y únicamente diferirá respecto de la del expediente de jurisdicción voluntaria, lógicamente en que la representación se acreditará en los autos principales.

B. Admisión a trámite de la solicitud y acuerdo de práctica de diligencias.

El acuerdo se adoptará mediante providencia de incoación del expediente de jurisdicción voluntaria, o del juicio de menor cuantía, si se solicitó en la

demanda, en cuyo caso se acordará la tramitación en pieza separada; si se formula la solicitud durante el procedimiento de incapacidad, habrá de proveerse en igual sentido.

Se acordará la práctica de la audiencia del promotor y en su caso de otros interesados (progenitor titular de patria potestad que no hubiere formulado la solicitud), exploración del incapaz y emisión de dictámenes facultativos.

— **Audiencia del promotor.**—Su objeto es ratificar los hechos que se hayan hecho constar en el escrito de solicitud, y permitir que el Juez a través de las preguntas que estime pertinentes forme opinión sobre los extremos necesarios para poder fundamentar la autorización que en su caso se conceda: los relativos al posible conocimiento por el incapaz de los efectos de la relación sexual y el hecho de la maternidad, las posibilidades de mantener aquélla, los métodos anticonceptivos que utilizare, y acerca del estado físico de la persona.

— **Dictámenes facultativos.**—Se entiende desde la regulación legal que no tienen carácter vinculante. Ante la ausencia de concreción normativa sobre los facultativos que hayan de emitirlos, en la práctica se requiere el de médico especialista en Ginecología, y Psiquiatría, aplicándose las normas de la prueba pericial respecto de su práctica. El dictamen ginecológico habrá de versar sobre la viabilidad, riesgos posibles y efectos de la intervención esterilizadora, en tanto el psiquiátrico tendrá por objeto la enfermedad psíquica padecida, su alcance somático y la afectación que determine en el nivel volitivo y cognitivo de la persona, y las posibles consecuencias psíquicas de aquélla. La designación de los facultativos se realiza a propuesta del solicitante, normalmente por carencia de medios económicos o para evitar costes, a petición de aquel el nombramiento recae en los especialistas de la Seguridad Social a los que corresponda la atención médica del incapaz.

— **Exploración del incapaz.**—Conviene practicarla a la vista de los informes facultativos, a fin de orientarla a verificar los extremos que éstos contengan, y previa información de la petición y de su trascendencia a la incapaz, lo que resulte conveniente se efectúe por el psicólogo del Juzgado, y necesariamente habrá de realizarse por el Juez. La ley no expresa el contenido de la misma, en aplicación de la doctrina del TC (STC 215/1994) se entiende que habrá de tender a determinar si *“la paciente de una grave enfermedad psíquica no alcanzará a comprender las mutaciones que experimenta su cuerpo, ni las molestias o incluso sufrimientos que lleva aparejada la gestación y, menos aún, el final traumático y doloroso del parto”*, en definitiva valorar la incapacidad para comprender la maternidad.

— **Intervención del Ministerio Fiscal.**—Hecha referencia al alcance y finalidad de su intervención, cabe señalar que se le notificarán los proveídos y resoluciones, que podrá interesar la práctica de diligencias, para mejor proveer y que su informe es preceptivo, aunque no vinculante.

C. Resolución.

El contenido de la resolución judicial es la autorización de la práctica de la intervención esterilizadora, no hay un pronunciamiento declarativo ni de condena, es por ello que la resolución habrá de adoptar la forma de Auto, y ser debidamente motivada.

D. Recursos.

Es interpretable la cuestión relativa a la clase de recursos que resulten admisibles, pues su determinación depende de la aplicación de las normas reguladoras de la jurisdicción voluntaria, de los arts. 1819 y 1820 LEC, o desde la nueva específica previsión legal de la tramitación de las solicitudes de esterilización de incapaces en el procedimiento de incapacitación, sí cabría la del régimen de recursos establecido para las resoluciones que recaigan en éste. Entendemos por las razones ya expuestas, que aplicándose las normas de la jurisdicción voluntaria, a la tramitación de la solicitud, el régimen procedente será el de esta clase de procedimiento. La consecuencia práctica es importante, la aplicación de los arts. 1819 y 1820 LEC no plantearía problema respecto de la admisión en dos efectos del recurso de apelación, si se hubiese denegado la autorización y lo interpusiese el promotor, sin embargo si la resolución autoriza la práctica de la intervención, el recurso que interpusiese el MF o quien hubiese formulado oposición, sólo sería admisible en un efecto, no suspendiéndose la efectividad de la resolución, la gravedad e irreparabilidad de la medida exige arbitrar una solución distinta, que bien pudiera ser la excepcional admisión en ambos efectos del recurso de apelación, en el segundo supuesto mencionado, y la posibilidad incluso de casación desde la remisión del art. 1687 en sus párrafos 1.º y 2.º al núm. 2 del art. 484 LEC.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS

Tribunal Constitucional. Sala 1.^a, Sentencia n.º 143/1998, de 30 de junio.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alvaro Rodríguez Bereijo.

Procede declarar la nulidad de lo actuado desde la presentación de la demanda, cuando el actor conociendo el domicilio del demandado lo ocultó y solicitó el emplazamiento por medio de edictos.

Si ha transcurrido el plazo para interponer el recurso de audiencia al rebelde y el recurso de revisión, procede la interposición del recurso de amparo.

La citación edictal es un medio extraordinario y subsidiario y sólo puede utilizarse después de alcanzar la certeza de que no es posible la comunicación personal con el demandado, debiendo practicar el órgano judicial cuantas diligencias sean necesarias para su localización.

ANALISIS DEL CASO

- Los cónyuges D. Luis y D.^a Sara contrajeron matrimonio en España en el año 1971 y en el año 1979 trasladaron su domicilio a Alemania.
- En el año 1988 el esposo abandonó el domicilio familiar y regreso a España, presentando demanda de separación y, alegando que su esposa se encontraba en ignorado paradero, se dictó sentencia de separación el 21 de febrero de 1989.
- En el año 1994 y de forma casual, D.^a Sara al solicitar una certificación de matrimonio, tuvo conocimiento del procedimiento de separación.

- Habiendo transcurrido el plazo para interponer el recurso de audiencia al rebelde (un año) como el recurso de revisión (cinco años) interpuso recurso de amparo.
- El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo y declaró la nulidad de actuaciones desde la presentación de la demanda de separación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que exigen un comentario en la presente sentencia, en primer lugar la oposición del Ministerio Fiscal a la admisión del recurso de amparo por un defecto formal y en segundo lugar, la cuestión de fondo relacionada con la indefensión sufrida por la esposa en la tramitación del procedimiento matrimonial.

1. Admisión del recurso de amparo.

El Ministerio Fiscal se opuso a la admisión a trámite del recurso de amparo por el incumplimiento del requisito previsto en el art. 44.1. a) LOTC; esto es, el agotamiento de la vía judicial previa a la solicitud de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sostiene el Ministerio Fiscal que tal vez fuese exigible la previa interposición del recurso de revisión para entender agotada la vía judicial pues, de un lado, la causa por la que se solicita el amparo coincide con la que habría fundamentado aquel recurso (ganar la Sentencia firmeza mediante maquinación fraudulenta, motivo previsto en el art. 1796.4 de la L.E.C.) y, además, el art. 1798 de la citada Ley procesal fija un plazo de tres meses para ejercitar la acción de revisión por esta causa concreta, cuyo cómputo se inicia con el descubrimiento del fraude, plazo que es independiente del término general de cinco años que se prevé en el ya citado art. 1800 de la L.E.C.

El Tribunal Constitucional no acoge el planteamiento del Ministerio Fiscal “*porque, sin necesidad de entrar a examinar si el cómputo del plazo de cinco años que fija el art. 1800 de la L.E.C. es excluyente o com-*

plementario del establecido en el art. 1798 de la L.E.C., lo cierto es que, en todo caso, la controvertida interpretación y aplicación de dichos preceptos arroja suficiente complejidad sobre el ejercicio tempestivo del recurso de revisión, como para no exigir, en este caso, a la recurrente su interposición a los efectos de entender agotada la vía judicial previa. Este Tribunal ha afirmado, en tal sentido, que si bien el requisito que establece el art. 44.1. a) LOTC responde al carácter subsidiario propio del recurso de amparo y constituye por ello exigencia ineludible (STC 61/1983, por todas), ha de ser interpretado de manera flexible y finalista, no siendo precisa la interposición de todos los recursos imaginables, sino únicamente de aquellos que razonablemente puedan ser conocidos y ejercidos por los litigantes (SSTC 73/1982 y 29/1983). En consecuencia, cuando, como aquí acontece, existe cierta complejidad en la tempestividad del recurso, no resulta razonable (aunque fuese imaginable su interposición) exigirlo a efectos de entender agotada la vía judicial previa al amparo”.

2. Indefensión sufrida por la esposa en la tramitación del procedimiento de separación matrimonial.

Para resolver la cuestión, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre las exigencias que se derivan del derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 de la C.E. respecto a los actos de comunicación procesal, y en particular con referencia a la notificación y emplazamiento edictales: “*el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1*

de la C.E. implica, entre sus múltiples manifestaciones, un ajustado sistema de garantías para las partes en el proceso, entre las que se encuentra la de audiencia bilateral, que posibilita a su vez el cumplimiento del principio de contradicción, o sea, el derecho de la parte a quien se demanda de exponer los hechos y fundamentos de su oposición. Por ello cobra especial importancia el primer acto procesal de comunicación (emplazamiento o citación), en cuanto traslado por el Juez al demandado de la pretensión deducida por el actor. La citación es algo más que un mero requisito de forma y por ello se hace preciso, desde el punto de vista de la garantía del art. 24.1, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (SSTC 39/1987 y 157/1987, entre otras muchas). Se ha dicho también, reiteradamente, que siempre que ello sea posible ha de asegurarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos o intereses legítimos, si resultan conocidos e identificables en las actuaciones judiciales (SSTC 45/1987 y 72/1988).

Más concretamente, por lo que refiere a la modalidad de notificación por edictos, se ha afirmado que ésta requiere, por su calidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial que considera a la parte en ignorado paradero se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación (SSTC 157/1987, 234/1988, 16/1989 y 242/1991) ”.

Aplicada esta doctrina constitucional al caso que analizamos es claro que se ha vulnerado el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 de la Constitución. Del examen de los autos se desprende que se disponía de datos suficientes en las actuaciones como

para entender que era posible comunicar personalmente con la recurrente. Así, con independencia de la propia naturaleza del proceso (que, al tratarse de un juicio de separación matrimonial, arroja ya de por sí mayores dudas acerca del absoluto desconocimiento sobre el paradero de personas que en fechas anteriores y próximas han estado unidas por vínculos afectivos y familiares), cabe constatar que en el escrito inicial de demanda se hacía alusión al último domicilio de la demandada en una localidad española, cercana incluso a la del Juzgado actuante, en la que, sin embargo, no se efectuó investigación previa alguna en orden a su posible localización.

Asimismo, en la demanda inicial y a lo largo del desarrollo del proceso contaba el dato de la existencia de una hija del matrimonio cuya separación se solicitaba y que, según afirmó el demandante, vivía en la misma localidad del juzgado de Instancia y en su compañía. Sin embargo, no se efectuó diligencia alguna respecto de esa hija común, cuando es razonable pensar que la simple decisión de explorar a la menor (que en esa fecha concreta contaba con dieciséis años de edad según su partida de nacimiento aportada a los autos) habría podido conducir, bien a aportar datos sobre la determinación del paradero de su madre, o bien a la averiguación de que la misma no convivía con su padre — como ahora afirma la demandante de amparo— sino con su madre, en Alemania. Cualquiera de esos dos datos, podrían haber excluido, en principio, el ignorado paradero del otro cónyuge afirmado en la demanda inicial.

Por último, en la prueba testifical practicada a instancia del demandante y consistente en el testimonio de sus hermanos, se llegó a afirmar por alguno de ellos que su cuñada, demandada en las actuaciones de separación matrimonial, vivía en Alemania; dato a partir del cual también se pudo haber investigado, a través de nuestra representación diplomática en dicho país, su paradero concreto.

Señala el Tribunal Constitucional que *el Juzgado no utilizó ninguno de los datos*

aportados en el proceso ni investigó en modo alguno el paradero concreto de la demanda a fin de posibilitar su efectiva intervención en la causa, limitándose a dar por buena la afirmación del demandante y a proceder a la notificación por edictos, prevista legalmente para aquellas personas que se encuentren en una situación —paradero desconocido— que, en realidad y según lo expuesto, no resultaba debidamente acreditada o, al menos, cabía considerar razonablemente como incierta a la vista de los datos que se derivaban del propio proceso. Otra es, sin embargo, la diligencia constitucionalmente exigible al órgano judicial, derivada del respeto a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 C.E. y a la interdicción de la indefensión que ese mismo precepto constitucional consagra. Como se ha afirmado en ocasiones anteriores (STC 242/1991, fundamento jurídico 4.º), “criterios de razonabilidad derivados del mandato implícito en el art. 24.1 C.E. exigen prevenir el acceso al proceso de los demandados, lo cual, dado el carácter de medio extraordinario y subsidiario de la citación edictal, aconseja utilizarlo sólo después de alcanzar

la certeza de que no es posible la comunicación personal con los demandados”. Y no, como ha acontecido en las actuaciones del presente caso, sin cerciorarse previamente de alguna manera de que dicha comunicación personal era imposible. Y todo ello, no ha de olvidarse, en el seno de un proceso de familia, en el que por su propia índole se ventilan cuestiones trascendentes que afectan tanto a los propios cónyuges como a la hija de dicho matrimonio.

No resulta suficiente desde una perspectiva constitucional la constatación del cumplimiento de las formas procesales, cuya aplicación automática no excluye per se la eventual vulneración constitucional; pues, como se afirmó en esa misma STC 242/1991, “el deber de emplazamiento directo tiene su origen en la Constitución y no en la Ley”, y “el derecho de acceso a la justicia garantizado en el art. 24.1 C.E. impone a los Jueces y Tribunales la obligación de promover, por encima de interpretaciones formales, la efectividad de aquel derecho, entendiendo siempre las normas procesales en el sentido más favorable a su ejercicio”.

II. IMPAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia n.º 67/1998, de 18 de marzo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano.

Vigente el antiguo art. 487 bis del antiguo Código Penal no podía condenarse por el delito de impago de pensiones al progenitor que no había contraído matrimonio con la madre del menor. Dicho precepto vulnera el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, pero el principio de seguridad jurídica impide penalizar tales conductas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Paloma presentó con fecha 20 de Julio de 1993 denuncia contra D. José por un supuesto delito de abandono de familia tipificado en el art. 487 bis

del anterior CP, al no abonar los alimentos correspondientes a la hija menor de ambos.

- Tramitada dicha denuncia se incoó el procedimiento abreviado en el que, tras la celebración del juicio oral, recayó sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid núm. 15, de 19 Julio 1994, por la que se absolvía libremente al acusado del delito imputado por no ser los hechos subsumibles en el tipo penal, que exige que la obligación económica esté establecida en procedimiento judicial de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y no haber existido nunca vínculo matrimonial ni siquiera convivencia entre las partes.
- Recurrída en apelación dicha sentencia, la Sec. 6.ª de la AP Madrid dictó sentencia el 1 de diciembre de 1994, por la que desestimó el recurso y confirmó la de instancia, abundando en las mismas razones expresadas en ella.
- D.ª Paloma recurre en amparo ya que entiende que las sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos consagrados en los arts. 14 y 24 CE. y que el bien jurídico protegido por el art. 487 bis CP es el interés del hijo, por lo que, existiendo una resolución judicial que obliga al padre a abonar una pensión, el incumplimiento de la obligación da lugar a la aplicación del tipo penal, pues lo contrario supone una discriminación por razón de la filiación contraria al derecho de igualdad del art. 14 CE. La inaplicación del tipo penal por las sentencias impugnadas ha creado asimismo, a juicio de la recurrente, una situación de indefensión para ella y su hija, que no han obtenido la tutela judicial efectiva en su pretensión, por lo que también se habría lesionado el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE.
- El Tribunal Constitucional otorga parcialmente el amparo, pero no en los términos solicitados por la recurrente de anular las resoluciones judiciales impugnadas, sino en los términos estrictamente declarativos. Existen dos votos particulares de los Magistrados Excmos. Sres. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y D. Rafael Mendizábal Allende.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Cuando la madre presentó la denuncia por impago de pensiones el tipo penal del artículo 487 bis del Código Penal sólo estaba integrado por aquellas conductas que incumplían una obligación dimanante de un convenio judicialmente aprobado o resolución judicial recaída en un procedimiento de separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio, con lo que dejaba fuera a las resoluciones que se dictasen en procedimientos de filiación o alimentos. Las sentencias dic-

tadas en ambas instancias absolvieron al padre, puesto que, al no haber contraído matrimonio con la madre de la menor, su obligación económica no provenía de procedimiento matrimonial alguno.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de amparo no es otra que la relativa a si el pronunciamiento absolutorio que la jurisdicción penal ha efectuado al declarar que la conducta del acusado no integraba la in-

fracción penal de abandono de familia tipificada en el art. 487 bis entonces CP vigente, comporta o no la vulneración del derecho fundamental de la recurrente a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, esencialmente, del derecho fundamental de su hija menor de edad a no ser discriminada por razón de nacimiento (art. 14 CE), dada su filiación extramatrimonial. Analicemos por separado ambas cuestiones.

1. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La recurrente entiende vulnerado este derecho toda vez que en ambas instancias se dictaron pronunciamientos absolutorios. Obviamente el Tribunal Constitucional rechaza este motivo puesto que *tanto el Juzgado de lo Penal como la Sala de apelación, ofrecieron a la actora una respuesta judicial motivada, sin que exista, como se declaró en las SS TC 199/1996 y 41/1997, un pretendido derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona ni, por lo tanto, sea posible instrumentalizar la acción constitucional del amparo, remedio ideado para la defensa de los derechos fundamentales, con el fin de prolongar procesalmente el ejercicio del “ius puniendi” del Estado.*

2. Vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de nacimiento.

Con el artículo 487 del entonces vigente CP, se pretendía proteger el derecho de los hijos a ser asistidos por sus padres, sin embargo, esa protección, atendida la dicción literal de dicho precepto, se otorgó exclusivamente a los hijos matrimoniales (en origen o por ulterior matrimonio de sus progenitores), con exclusión de los no matrimoniales.

El presente recurso de amparo, en su estricta dimensión constitucional, guarda una identidad sustancial con la cuestión planteada en el recurso 1589/1992, resuelto por Sala 2.ª del TC en sentencia 74/1997. En esta sentencia tras reconocerse que el art. 487 bis del hoy derogado CP 1973 colisionaba frontal-

mente con el art. 14 CE se añadió que, ello no conducía necesariamente a otorgar el amparo, puesto que *«a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al art. 14 CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales»* (FJ 5.º). A partir de esta premisa, y aun reconociendo inequívocamente la incompatibilidad del entonces vigente art. 487 bis CP con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), la Sala acordó desestimar la demanda porque *«la absolución pronunciada por la AP en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental que a cualquier hijo, en relación con los de su misma condición reconoce el art. 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor»* (FJ 5.º).

Para resolver el presente recurso de amparo, el Tribunal Constitucional analiza por un lado el precepto penal y por otro lado las sentencias dictadas en base al mismo.

a) Análisis del art. 487 bis del antiguo Código Penal.

Señala el TC que *no es dudoso que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede utilizar el Derecho Penal como instrumento mediante el cual dar cumplimiento al mandato constitucional de «protección integral de los hijos»* (art. 39.2 CE), y con el que mejor asegurar el deber de los padres de *«prestar asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»* (art. 39.3 CE).

Ahora bien, esa opción legislativa, así como cualquier otra que se encamine hacia ese mismo fin protector, no puede desconocer que, con arreglo al art. 39 CE, la filiación no admite categorías jurídicas intermedias y que, por lo tanto, los hijos son «iguales ante la Ley con independencia de su filiación»

(ap. 2), mientras que el deber de asistencia de los padres, previsto en el ap. 3 de ese mismo artículo, se proyecta sobre los hijos «habidos dentro o fuera del matrimonio». Precisamente, por ello, cualquier opción legislativa de protección de los hijos y, más en general de la infancia (repárese en la protección adicional que supone la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que quebrante, por sus contenidos, esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento, expresamente prohibida por el art. 14 CE.

Como se declaró en la STC 74/1997, «el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el art. 14 CE» (FJ 4.º). Por este motivo puede decirse que, en cierto modo, el objeto de la presente demanda de amparo es fundamentalmente la omisión del legislador, ya que no es la regla expresamente contenida en el art. 487 bis del entonces vigente CP, la que, por sí misma y aisladamente considerada, pueda estimarse contraria al derecho de igualdad, sino su imperfección, por no contemplar aquello que debiendo ser necesariamente incluido por el legislador fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo.

b) Análisis de las sentencias absolutorias.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TC justifica el fallo de las sentencia dictadas tanto por el juzgado de lo Penal como por la Audiencia Provincial, puesto que se limitaron a

la aplicación de la norma que en ese momento estaba vigente. Ahora bien ¿Podían los órganos judiciales haber corregido o reparado esa vulneración de la igualdad que se contiene en la norma penal, bien mediante una interpretación de la misma conforme a la Constitución o bien declarando su nulidad o planteando la cuestión de inconstitucionalidad si aquella tuviese valor de Ley (art. 163 CE y 27 LOTC). A esta pregunta da respuesta el TC en el siguiente sentido: *cuando se trata de preceptos penales, esas posibilidades de actuación judicial resultan, en muchos casos, jurídicamente inviables. De un lado, porque el derecho fundamental al principio de legalidad penal que reconoce el art. 25.1 CE, proscribe las interpretaciones análogas “in malam partem” de los tipos penales, así como su aplicación extensiva a conductas no previstas expresamente en aquéllos, al tiempo de ser cometidas (por todas, STC 34/1996). De otra parte, porque si se hubiese planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el entonces vigente art. 487 bis CP, ésta habría sido inadmitida ex art. 37 LOTC, pues el fallo de la causa no dependía de la validez constitucional de dicho precepto, ya que, por imperativo del art. 25.1 CE, la sentencia sería, igualmente, absolutoria.*

Por tanto, los órganos judiciales, sometidos al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) y, con especial rigor, al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), se limitaron a constatar que la conducta denunciada no se encontraba dentro del tipo regulado en el mencionado precepto del CP, dictando consecuentemente, la correspondiente sentencia absolutoria. Por esta razón, las resoluciones judiciales únicamente fueron el presupuesto necesario para individualizar *ad casum* la discriminación producida por el legislador, de modo que, sólo instrumentalmente a través del fallo absolutorio, se produjo una lesión actual y efectiva del derecho a la igualdad del hijo de la demandante de amparo.

Constatada, pues, la lesión del mencionado derecho fundamental y procediendo, conforme a lo previsto en el art. 55.2 LOTC, la

estimación del recurso de amparo, de ello debiera seguirse el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que tal precepto establece. Sin embargo, el TC no lo hizo así en base a que:

— El art. 487 bis CP ya ha sido derogado por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, que aprobó el CP vigente, por lo que la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración *erga omnes* de normas inconstitucionales. De otra parte, el planteamiento de la cuestión por este Tribunal, y en caso de resolverse aquélla en sentido positivo, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto, produciría un efecto equivalente al que resultase de la libre opción del legislador penal para configurar o no una figura delictiva que extendiese la protección jurídico-penal a todos los hijos, sin distinción entre los matrimoniales y los no matrimoniales, y siendo así que, en uso de su libertad de configuración normativa, el legislador ya ha ejercitado la opción en un determinado sentido, incorporando al vigente CP el art. 227, no es procedente en el presente caso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 487 bis CP.

— Aun en la hipótesis de declararse la inconstitucionalidad del citado art. 487 bis anterior CP, las personas por él discriminadas

nunca podrían obtener un pronunciamiento condenatorio, por así impedirlo el derecho fundamental al principio de legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

Como ya se hizo constar al principio, el TC atendidas las particularidades del caso en examen, señala que *la sentencia no puede otorgar el amparo en los términos solicitados por la demandante de anular las resoluciones judiciales impugnadas, porque éstas, como razonan en sus fundamentos jurídicos, no podían subsumir los hechos en el tipo penal del art. 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado. En consecuencia, nuestro pronunciamiento no puede ser el previsto en el art. 55.1. a) LOTC. No obstante, y dada la patente discriminación por filiación que contenía el citado precepto del CP, tampoco debe este Tribunal desconocer en la sentencia tal circunstancia, dictando un fallo desestimatorio del recurso de amparo que, como tal, no reflejaría la vulneración del art. 14 en relación con el art. 39.2 CE, en la que incidía. De ahí que, conforme autoriza el art. 55.1 b) LOTC, nuestro pronunciamiento haya de limitarse al otorgamiento del amparo en los términos estrictamente declarativos que señala dicho artículo: «Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado».*

COMENTARIOS DE LOS VOTOS PARTICULARES

1. **Voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.**

Este Magistrado comparte el otorgamiento del amparo, pero considera que debió completarse la parte dispositiva de la sentencia con un autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 487 bis CP vigente en el momento de suceder los hechos enjuiciados. Además, el restablecimiento del derecho vulnerado debió llevarse

a cabo, con la declaración de nulidad de las sentencias impugnadas.

a) La sentencia de la mayoría no precisa en su fallo quién fue el causante de la conculcación del derecho —dice— «a no ser discriminado por razón de nacimiento». De los fundamentos jurídicos se desprende, sin embargo, que el origen de la lesión no se encuentra en las sentencias recurridas. Fue la norma aplicada (art. 487 bis CP introducido

por la LO 3/1989) la que contenía una violación del art. 14 CE.

b) La sentencia de la mayoría no declara la nulidad de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, dado que éstas «no podían subsumir —se razona— los hechos en el tipo penal del art. 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado» (FJ 7.º, in fine). Sin embargo, entiende el Magistrado en su voto particular, que es cierto que aquellas resoluciones judiciales son legales, dictadas conforme a lo establecido entonces en el CP, pero esto no es un motivo suficiente para que el TC deje de pronunciarse sobre su validez constitucional. En la STC 245/1991, al resolver un recurso de amparo también avocado al Pleno, se dijo: «*Aunque no sea imputable directamente a la sentencia del TS aquí impugnada la violación del derecho a un proceso público con todas las garantías, ni la del derecho a la tutela judicial efectiva, la reparación de aquella lesión y el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados requiere que al mismo tiempo anulemos dicha sentencia*» (FJ 5.º). O sea, que en determinados supuestos el TC debe anular sentencias que, en cuanto tales (o «en sí mismas»), no hayan conculcado derechos fundamentales, siempre que esa decisión sea necesaria para el restablecimiento de uno de esos derechos. En esta línea de nuestra jurisprudencia, debieron anularse las sentencias del JI Madrid núm. 37 y de la Secc. 6.ª de la AP Madrid.

c) El autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del citado art. 487 bis CP era inevitable, en el parecer del Magistrado discrepante y no le convencen las razones de la mayoría del Pleno porque es irrelevante que el precepto aplicado haya sido objeto de derogación porque lo importante es la diferencia que media entre los efectos de la derogación (*ex nunc*) y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (*ex tunc*).

A su entender, debiera haberse estimado el recurso de amparo con los siguientes pronunciamientos: a) Declaración de vulnera-

ción del art.14 CE; b) Nulidad de las sentencias impugnadas; c) Planteamiento de auto-cuestión ex art. 55.2 LOTC.

2. **Voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizabal Allende, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. José Gabaldón López.**

El presente voto particular no guarda identidad con el anterior, puesto que en este caso, el Magistrado discrepante entiende que el fallo debería haber sido desestimatorio totalmente de la pretensión.

Argumenta este Magistrado que la circunstancia de que art. 487 bis del hoy derogado Código Penal de 1973 colisionara frontalmente con el art.14 de la CE, no lleva necesariamente a otorgar el amparo. A diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido constitucional se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al art. 14 de la CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales. La AP Madrid, al aplicar el mencionado precepto legal no ha vulnerado derecho fundamental alguno de esa hija extramatrimonial. Recientemente (STC 41/1997) se ha afirmado que por sí solo no existe un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona y, recordando pronunciamientos anteriores (SS TC 147/1985, 83/1989, 157/1990, 31, 177 y 199/1996), que la CE no otorga ningún derecho a obtener condenas penales. No existe, pues, hoy en día un derecho de la víctima a obtener la condena penal de otro, y, por ello, no puede pretender en esta sede la anulación de una Sentencia con un pronunciamiento absolutorio.

Siendo así y si la sentencia de la AP absolvió al denunciado porque la conducta que realizó estaba fuera del tipo penal, no puede sostenerse que tal pronunciamiento judicial haya podido efectivamente vulnerar el dere-

cho fundamental invocado. Es más, dicho Tribunal no podía hacer otra cosa por vedársele el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), que impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SS TC 111/1993 y 34/1996). En definitiva, la absolucón pronunciada por la Audiencia Provincial en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental que a cualquier hijo en relación con los de su misma condición, reconoce el art. 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor. El amparo ha de ser desestimado, sin que sea necesario suscitar ante el Pleno de este Tribunal cuestión sobre la constitucionalidad del reiterado precepto penal derogado.

En verdad y en sustancia este amparo no es sino un recurso indirecto de inconstitucionalidad de la Ley, abocado al fracaso, con ocasión de una Sentencia que la aplica. En un recurso de tal índole puede sentarse en el razonamiento, como premisa, o vale decir como conclusión intelectual que una norma sea inconstitucional, pero en ningún caso nos es dado declararlo así en el fallo. Tan cierto es lo dicho que cuando se pueda anular el acto singular por creer inconstitucional la Ley, el paso siguiente e inevitable, consistirá en plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno, el llamado “autoplanteamiento”, mecanismo que respeta la pureza de cada proceso, interconectándolos pero sin mezclarlos ni menos confundirlos.

No faltan en la vía de amparo los fallos declarativos. Más de una vez se han hecho en los casos de dilaciones indebidas, cuando éstas han desaparecido a la sazón y el procedimiento judicial está de nuevo en marcha, declaración cuya utilidad es innegable por convertirse en presupuesto o título de una eventual indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, este fallo de hoy no es declarativo como se pretende, sino abstracto o platónico en su acepción coloquial. Decir que ha sido vulnerado —por el CP— el derecho de un hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento no hace sino transcribir

parcial e innecesariamente el art. 14 CE, que ahí está y sigue estando. Se intenta enmascarar de tal guisa una declaración de inconstitucionalidad del art. 487 CP, autor directo de haber discriminado como grupo social a todos los hijos extramatrimoniales, pronunciamiento propio de una “cuestión” *per saltum* sin haberla planteado. Por otra parte, esas tres líneas desplazadas de su lugar idóneo, el razonamiento jurídico, no sirven para nada y esa su inutilidad e inoperancia las convierte en un brindis al sol. Como la sentencia impugnada es intangible, intocada se queda, viciando así de incongruencia tal fallo que, en definitiva, no ampara ni restituye ni repara. Es una palmadita en la espalda de la denunciante para su consuelo. Por otra parte, la raíz de esta incoherencia no es otra, insisto, sino la inexistencia de un derecho fundamental vulnerado por la AP. Nada puede el principio de igualdad, por mucha que fuere su fuerza en sus dimensiones ética y constitucional, contra el principio de legalidad en el ámbito penal, garantía máxima de la libertad de los ciudadanos y freno de los poderes públicos. No hay tampoco un derecho de la víctima a la condena penal de su agresor. Por ello, en el razonamiento jurídico y en el fallo de la sentencia se elude cuidadosamente cualquier indicación de quién haya vulnerado ese derecho fundamental fantasmagórico y cómo se haya cometido el desafuero. Más bien se reconoce, como no podía ser menos, que la actuación del Juez no fue en absoluto reprochable, sino encomiable de todo punto y, en suma, la única que le impone la propia CE.

La mayoría que respalda la sentencia sabe que estamos en presencia de un caso penal cuyas características maniatan al Juez y le imponen una decisión unívoca. La limitación del tipo delictivo no permitía en este ámbito una aplicación analógica ni su interpretación extensiva y, por otra parte, hacía inservible el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto allí como auto-planteada aquí, ya que en el supuesto de prosperar, la nulidad del art. 487 bis del CP no ampliaría la protección a los desprotegi-

dos sino que la suprimiría para todos con un resultado socialmente negativo. Es más, la opción del legislador por completar ese tipo e incluir en él a quienes estaban entonces fuera de su ámbito, como ha hecho ya espontáneamente, resultaría irrelevante e inocua en este caso por no poder tener nunca la nueva norma penal eficacia retroactiva *in peius* respecto de los hechos anteriores a su vigencia.

En definitiva, lo sobredicho pone de manifiesto, a quien haya leído la Sentencia de la cual disiento, que en ella se produce una os-

tensible desviación procesal con el resultado de una incongruencia manifiesta entre lo pedido en la demanda y lo dado en el fallo, con un razonamiento en espiral, como un bolero de Ravel, donde se transforma un proceso de amparo en un proceso de control abstracto de normas. No es bueno que así se haga, deformando la configuración de nuestra justicia constitucional con una incidencia negativa y, en cierto modo, desmoralizadora sobre el sistema judicial, por sugerir la censura de un Juez que actuó con el máximo escrúpulo constitucional, aun cuando se haga inadvertida e involuntariamente.

III. PENSIONES DE VIUDEDAD EN LAS UNIONES DE HECHO

Tribunal Constitucional. Sala 2.^a, Sentencia n.º 39/1998, de 17 de febrero.

Ponente: Excmo. Sr. D. Julio González Campos.

No se ha vulnerado el derecho a la igualdad al denegarse una pensión al conviviente de una persona fallecida cuando los trámites del divorcio —que les hubiese permitido contraer matrimonio— los iniciaron seis años después de entrar en vigor la ley 30/1981 de 7 de julio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Paulina convivió con don Antonio desde el año 1949 hasta el 28 de septiembre de 1988, fecha en la que falleció aquél. Don Antonio, que había contraído matrimonio en 1945 con doña Hortensia y convivido con ella hasta 1946, había presentado demanda de divorcio en noviembre de 1987, la cual, tras el procedimiento correspondiente, fue estimada por Sentencia firme de 23 de enero de 1989, con posterioridad por tanto a su fallecimiento.
- Doña Paulina solicitó en febrero siguiente que se reconociera su derecho a pensión de viudedad, solicitud que, tras un primer procedimiento en que fue desestimada, reiteró en marzo de 1992, iniciándose así el que constituye el origen de la demanda de amparo.
- El Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó la pensión solicitada y la recurrente presentó demanda judicial que fue desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid, de 21 de abril de 1993. El órgano judicial fundó su decisión en la inexistencia de vínculo matrimonial

(art. 160 de la anterior Ley General de Seguridad Social) recordando que, conforme a la jurisprudencia constitucional, tal exigencia no resulta discriminatoria. De otra parte, el Juzgado razonó que tampoco era de aplicación lo dispuesto en la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981, puesto que el fallecimiento de don Antonio no se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de aquella norma, teniendo además en cuenta que pudieron haber contraído matrimonio con posterioridad a aquel momento tras solicitar y disolver el anterior, para lo cual no existía ningún impedimento en el ordenamiento jurídico.

- Interpuesto recurso de suplicación, fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 1994 en base a los mismos motivos en que se fundamentaba la sentencia recurrida.
- Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, recurso que fue inadmitido por Auto del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1995 fundamentalmente con base en el art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque, siendo el objeto del recurso evitar la diversidad y dispersión de la doctrina que establezcan los Tribunales del orden social, resulta obligado concluir que las únicas Sentencias válidas como término de comparación de la contradicción que se alega son las de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y las de los Tribunales Superiores de Justicia
- Contra el Auto del Tribunal Supremo se interpuso recurso de amparo por D.^a Paulina, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente en amparo centra los motivos de impugnación básicamente en:

— La vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y a no sufrir discriminación (art. 14 C.E.), al rechazar el recurso de casación para la unificación de doctrina las Sentencias que se invocaron ya que, a juicio de la recurrente, ello supone una interpretación rigorista y formal de los límites del mencionado recurso que impide tutelar la vulneración planteada en él.

— La lesión del derecho a la igualdad, al no resolver el Tribunal Supremo sobre el fondo del recurso y confirmar con su decisión la Sentencia que se impugnaba, dejando así sin reparar la discriminación e indefen-

sión sufrida por la recurrente respecto a supuestos sustancialmente iguales.

Dejando a un lado el análisis de la primera cuestión por ser una materia ajena al derecho de familia, vamos a centrar nuestro comentario en la segunda de ellas, esto es, la discriminación que ha sufrido al habersele denegado el derecho a percibir la pensión de viudedad en comparación con otros supuestos sustancialmente iguales en los que aquél sí se ha reconocido. Esta cuestión afecta a la igualdad en la aplicación de la ley, defendiendo la recurrente que si en una serie de resoluciones dictadas por diversos tribunales se ha reconocido el derecho a la pensión a un conviviente de hecho, en su caso también

tendría que haberse concedido. Las sentencias que cita la recurrente son analizadas de forma reparada por el Tribunal Constitucional:

a) Sentencias del extinguido Tribunal Central de Trabajo (7 de enero y 17 de febrero de 1987 y 19 de abril de 1988), Tribunal Supremo (Sala Sexta, de 17 de abril y 11 de octubre de 1986 y Sala Quinta, de 12 de febrero de 1988) y una Sentencia del T.S.J. de Cataluña, de 25 de octubre de 1991.

Respecto a estas sentencias y desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley la queja suscitada en amparo resulta inviable, puesto que, con independencia de que no se acredite que ninguna de las Sentencias citadas por la recurrente como término de comparación decidan sobre supuestos de hecho idénticos al presente, tampoco han sido dictadas por el mismo órgano judicial que resolvió en éste, requisito que la jurisprudencia constitucional ha entendido ineludible para considerar la eventual vulneración de aquél puesto que tal derecho preserva únicamente frente a cambios arbitrarios e injustificados en los que pueda incurrir el órgano judicial en sus decisiones al interpretar y aplicar las normas en supuestos idénticos (SSTC 2/1983, 55/1985, 126/1988, 42/1993, 46/1996). Pero es que además y abundando en lo que acaba de decirse, si la recurrente consideraba que la denegación de su derecho resultaba contradictoria con la interpretación de la norma mantenida en las resoluciones judiciales que cita en su demanda de amparo, así debió haberlo hecho valer oportuna y adecuadamente a través de su recurso de casación para la unificación de doctrina, como lo demuestra el hecho de que varias de aquellas resoluciones fueron aportadas a aquél de forma extemporánea. En consecuencia, no es posible solicitar de este Tribunal a través de una supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que valore la Sentencia impugnada en comparación con lo decidido en otras de contraste, ya que ello equivaldría a reiterar en amparo una pretensión propia

del recurso de casación para la unificación de doctrina, frustrado por razones imputables a la actuación procesal de la recurrente.

b) Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 27/1986 y 260/1988.

La Disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, amplió el hecho causante de la pensión de viudedad al añadir al de la existencia de vínculo matrimonial entre el solicitante y la persona fallecida el de la convivencia de hecho en las circunstancias previstas en aquella Disposición y que, como es conocido, requiere el triple elemento de la convivencia de la pareja, la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello. Tales requisitos resultan coherentes con la finalidad de la norma que, como precisara la STC 260/1988, tiene como base la imposibilidad por impedimento legal de contraer matrimonio al no poderse disolver el anterior antes de la Ley 30/1981. Sólo a tales uniones de hecho se ha extendido hasta el momento por el legislador el derecho a percibir pensión de viudedad, una limitación que este Tribunal no ha considerado lesiva del art. 14 C.E. (STC 184/1990).

Desde la perspectiva constitucional y con el objeto de no dar lugar a situaciones discriminatorias, la STC 260/1988 declaró que la interpretación de aquel requisito temporal no podía hacerse al margen de la finalidad de la norma, rechazando que la entrada en vigor de la Ley determinase automáticamente la posibilidad de convertir la convivencia de hecho en vínculo matrimonial puesto que durante un determinado período de tiempo, imprescindible para obtener la Sentencia de divorcio, subsistía por circunstancias ajenas a las partes la imposibilidad legal de contraer matrimonio. De ese modo, y por exigencia del art. 14 C.E., se ampliaban los supuestos en los que, vigente la Ley y habiéndose iniciado de manera inmediata los trámites para la obtención del divorcio, correspondía entender aplicable lo dispuesto en la Disposición adicional décima aun

cuando el fallecimiento se hubiera producido con posterioridad a su entrada en vigor.

La recurrente entiende que al haberse instado la regularización de la situación, el deseo de contraer matrimonio se vio frustrado por el fallecimiento de la persona con la que se venía conviviendo. Sin embargo en su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia considera que en el supuesto de la recurrente no concurrían las condiciones legales, ya que el fallecido y doña Paulina, que convivían desde 1949, no habían contraído matrimonio y la demanda de divorcio presentada por aquél no lo había sido hasta 1987, más de seis años después de que entrase en vigor la Ley 30/1981. Ahora la recurrente señala que el tiempo transcurrido obedeció a la necesidad de ambos de sentirse preparados, tanto objetiva como subjetivamente, para asumir aquel vínculo.

A estas alegaciones contesta el Tribunal Constitucional que:

— *La decisión de entender o no aplicable al supuesto la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981 constituye una cuestión de estricta legalidad que sólo corresponde resolver al órgano judicial (ATC 68/1994).*

— *Desde la perspectiva constitucional, tampoco cabe apreciar que el razonamiento empleado por el órgano judicial haya introducido para denegar la pensión ningún elemento de diferenciación lesivo del art. 14 C.E.*

— *Ha manifestado este Tribunal (STC 29/1992) que no pueden equipararse a la concreta situación resuelta en la STC 260/1988 aquellas otras en las que ni los trámites de divorcio se iniciaron de forma inmediata sino sólo después del transcurso de un dilatado periodo de tiempo tras el cambio normativo, ni se acreditó una imposibilidad física o material justificadora de la imposibilidad de contraer matrimonio durante aquel tiempo, al no existir entonces la imposibilidad legal que fue la razón de ser de la repetida Disposición adicional.*

En resumen, constituye un dato objetivamente constatable, que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta la solicitud de divorcio por parte del fallecido en 1987 había transcurrido un tiempo prolongado durante el cual no existía ya la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio. Sin que en el procedimiento se haya acreditado ninguna otra circunstancia que pudiera haber incidido de algún modo en la valoración de dicha imposibilidad hasta el punto de concluir que su falta de consideración por el órgano judicial hubiera determinado una desigualdad prohibida por el art. 14, ya que no puede concederse relevancia constitucional para desvirtuar el razonamiento judicial a la genérica alegación de la recurrente de que precisaron de aquellos años para encontrarse preparados objetiva y personalmente para iniciar los trámites correspondientes.

IV. CONDENA A UN MENOR POR COMISION DE UNA FALTA

Tribunal Constitucional. Sala 1.^a, Sentencia n.º 61/1998, de 17 de marzo.

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

En aplicación de la legislación vigente de menores no puede imponerse a un menor medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si hubiesen sido cometidos por un mayor de edad.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 27 de abril de 1994, el Juzgado de Menores núm. 2 de Madrid dictó una resolución en la que se imponía al menor Nicolás la medida de internamiento en Centro semiabierto por un período de cuatro meses con motivo de la comisión de una falta frustrada contra la propiedad del art. 587.1 del anterior Código Penal.
- En grado de apelación la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 1994 por la que confirmaba la dictada por el juzgado de Menores.
- La madre del menor, en representación del mismo interpuso recurso de amparo por vulneración de los derechos del menor a la igualdad ante la ley, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y a la legalidad penal, respectivamente reconocidos en los arts. 14, 15 y 25.1 de la CE.
- El Tribunal Constitucional estimó el recurso y declaró el derecho fundamental a la legalidad penal del menor y anuló las resoluciones del Juzgado de Menores y de la Audiencia Provincial de Madrid.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base fundamental del presente recurso de amparo no es otra que la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE.) al entender la recurrente que la sentencia del juzgado de Menores y la de la Audiencia Provincial acordaron una sanción desproporcionada (cuatro meses de internamiento en un centro de régimen semiabierto) comparada con la pena que en el Código Penal se prevé para la falta de hurto (arresto menor, es decir de uno a treinta días de privación de libertad).

La sentencia dictada por el juzgado de Menores estaba fundamentada en la discrecionalidad que le concede al juez el art. 16.1 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, según la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992 y la pena se apoyó en la reiteración en conductas antisociales por parte del menor, en su personalidad, situación y necesidades de los que dan cuenta los informes técnicos que obran en las actuaciones y

en la finalidad de garantizar el apoyo personal que precisa y su reinserción escolar.

El art. 16.1 de la LTTM fue objeto de análisis por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1991 que, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, en su fundamento jurídico séptimo señalaba que *este precepto podía ser interpretado de conformidad con la Constitución toda vez que su enunciado no implica que el Juez no vea su libertad de calificación de los hechos limitada por la tipificación contenida en los preceptos legales transgredidos, ni que su discrecionalidad para la adopción de medidas no deba tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas. Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en*

la propia L.T.T.M. —las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil—, y en, otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. El fundamento jurídico concluye con la declaración, trasladada al fallo, de la constitucionalidad del precepto siempre que éste sea interpretado en los términos más arriba descritos.

Desde esta perspectiva, la resolución del Juzgado de Menores, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, aun comprendiendo que ha sido dictada en el marco de lo dispuesto en el art. 16.1 L.T.T.M., no ha respetado las exigencias derivadas del principio de legalidad penal. Declara la Magistrada-Juez que se trata de un supuesto “en el que las necesidades del menor superan con mucho a la entidad del hecho que se enjuicia, y esto así considerado motivaría sin más que desde este Juzgado se instase la intervención administrativa, pero procede dar un paso más y valorar qué es lo que la intervención judicial vendría a aportar”, concluyendo en la insuficiencia, en el caso, de la sola intervención administrativa y la procedencia del internamiento en régimen semiabierto (fundamento de derecho tercero). Y en el fundamento de derecho cuarto, y último, añade la Resolución, con cita de la STC 36/1991, que “si bien es cierto que la proporcionalidad como principio que ha de limitar la discrecio-

nalidad exige establecer una relación entre el hecho y la medida, imposibilitando establecer alguna más grave o de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos, si de un adulto se tratase, ello es así cuando del hecho aislado sin ninguna otra connotación se trate”, mas no en casos como el presente, lo que le autorizaría a excepcionar dicha interdicción de imponer una medida de duración superior. En la interpretación, por tanto, que la Magistrada-Juez hace de lo declarado en la STC 36/1991, la prohibición de que la duración de las medidas de internamiento supere la prevista para las penas correspondientes de privación de libertad no es absoluta, pudiendo resultar excepcionada cuando en el menor concurren determinadas circunstancias como las en este caso apreciadas. Tal interpretación restrictiva del alcance de lo declarado en la STC 36/1991 no puede ser compartida.

Por último, señala el Tribunal Constitucional que una adecuada tutela del derecho fundamental a la legalidad penal hace legítimo el contraste de la medida de internamiento en centro, de régimen semiabierto con la pena de privación de libertad. Por todo ello, frente a la apreciación de la Magistrada-Juez, debe, a la vista del régimen legal vigente, seguir manteniéndose la estricta interpretación de lo declarado en su día por el Pleno del TC en la reiterada STC 36/1991 acerca de la “imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”, procediendo en consecuencia la estimación del amparo.

I. UNIONES DE HECHO

1. *Atribución de la guarda y custodia.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 27 de enero de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

No existe incongruencia en la sentencia que atribuye a la madre la guarda y custodia de su hija y establece un régimen de visitas para el padre, aunque la madre no haya hecho ninguna petición al respecto, puesto que se trata de una materia que está sometida a los principios de orden público.

ANALISIS DEL CASO

- D. Luis presentó demanda de menor cuantía solicitando que se le conceda la guarda y custodia de su hija menor Laura y que se dejase sin efecto la pensión alimenticia (20.000 ptas.) que a su cargo se fijó por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Torrelavega.
- La sentencia del juzgado de Instancia estimó parcialmente la demanda y además de atribuir la patria potestad de la hija a ambos litigantes, otorgó la guarda y custodia de la misma a la madre, con reconocimiento al padre de un amplio régimen de comunicación a determinar en fase de ejecución de sentencia, y mantuvo la suma pecuniaria antes precisada para la demandada.
- Interpuesto recurso de apelación por D. Luis, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia.
- D. Luis recurrió en casación, desestimándose dicho recurso por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente entiende que no habiéndose solicitado por la madre la adopción de ningún tipo de medidas en relación con los hijos, la sentencia que le concede la guarda y custodia adolece de incongruencia. Como señala el Tribunal Supremo “*El tema del debate se enmarca dentro del espacio del Derecho de Familia, cuyas instituciones participan de los principios de orden público, con aspectos referidos a la calidad imperativa de muchos de sus preceptos y a la singular valoración de algunas de sus reglas, como la atañente al “interés del menor”, que tutela a los miembros más desprotegidos del colectivo parental y permite un mayor intervencionismo judicial.*”

“*La decisión traída a casación, con la*

aplicación del artículo 159 del Código Civil, inspirado en el criterio del “bonum filii”, asume las referidas pautas del principio del “interés del menor” y no está incurso en incongruencia; los pronunciamientos sobre la concesión de la guarda y custodia de la niña a su madre y el régimen de visitas en favor del padre, no habían sido solicitados, pero son derivación inevitable de la desestimación parcial de la demanda y han sido verificados en beneficio de la hija, con lo que la resolución recurrida, al prescindir de la indefinición de intereses relativos al menor, ha dejado claramente precisados los derechos controvertidos, en evitación así de una nueva contienda, pese a que al hacerlo haya agregado extremos, que, si no pedidos, son efecto lógico y legal de aquella concreción.”

2. *Atribución temporal del uso y disfrute de la vivienda a la conviviente.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 10 de marzo de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.**

Después de cesar la convivencia una unión de hecho, se atribuye con carácter temporal el uso y disfrute de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento a la conviviente, pero no porque el art. 96 del Código Civil sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Esther y D. Diego mantuvieron durante dos años aproximadamente una convivencia *more uxorio*.
- Una vez que cesó la convivencia D. Diego presentó demanda de menor cuantía, reclamando una determinada cifra dineraria correspondiente a la

parte no pagada por la demandada del precio de compra y gastos de una vivienda (la compraventa fue el 29 de febrero 1988) y de una plaza de aparcamiento y a la devolución de los muebles de la vivienda; D.^a Esther se opuso a la demanda y formuló, a su vez, demanda reconvenzional reclamando el abono de unos determinados gastos y que se le atribuya el uso y disfrute de la vivienda común.

- El Juzgado de 1.^a Instancia, en Sentencia de 21 de septiembre de 1992, estima parcialmente la demanda condenando a D.^a Esther al pago de una cantidad y estima parcialmente la reconvección condenando a D. Diego C. O. al pago de la mitad de unos futuros gastos y adjudica a D.^a Esther el uso y disfrute de la vivienda, con sus muebles y enseres, y de la plaza de aparcamiento asignada a la misma, hasta la fecha en que se divida la cosa común poniendo fin a la situación de comunidad existente.
- La sección primera de la AP de Barcelona dictó sentencia el 2 de marzo de 1993, en la que se confirmó todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia relativos a los abonos y pagos de cantidades dinerarias y añadió: “no ha lugar a la atribución del uso de la vivienda y muebles que en la misma se encuentran ni de la plaza de aparcamiento por no estar legalmente previsto y sin perjuicio del pacto de los condóminos”; a este pacto se refiere el fundamento 5.^o que, tras decir que se aplican a esta cuestión las normas sobre la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. del CC) declara probado “que ha existido un pacto de los litigantes en el sentido de ceder el uso de los inmuebles y muebles a D.^a Esther por lo que debe declararse dicha protección del uso, convencionalmente establecida y con el efecto propio del pacto o contrato, que finalizará cuando cese el estado de indivisión o varíen sustancialmente las circunstancias”.
- D.^a Esther recurre en casación. El Tribunal Supremo casa la sentencia y atribuye a la recurrente el uso y disfrute de la vivienda, sus muebles y enseres anejos y la plaza de aparcamiento asignada a la misma, hasta la fecha de 1 de febrero 2000, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión debatida en la presente sentencia no es otra que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los convivientes de hecho tras cesar en la convivencia. La sentencia de instancia atribuyó el uso a la mujer hasta que tenga lugar la división de la cosa común, sin embargo, la Audiencia Provincial resolvió que “no ha lugar a la atribución

del uso de la vivienda y muebles que en la misma se encuentran ni de la plaza de aparcamiento por no estar legalmente previsto y sin perjuicio de los pactos de los condóminos”, es decir, la Audiencia remitía a las normas de la comunidad ordinaria de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, entre los cuales no figura ningún precepto

que dé prioridad en el uso a ninguno de los comuneros cuando ambos tienen las mismas cuotas de propiedad, como es nuestro caso.

La recurrente en casación entiende que resulta aplicable al caso la norma que establece el art. 96 respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar para la crisis matrimonial. ¿Pueden aplicarse por analogía las normas del Código Civil que regulan las crisis matrimoniales a las uniones de hecho? Para contestar a esta pregunta, el Tribunal Supremo analiza diversos aspectos de estas uniones.

1. Naturaleza jurídica y regulación de las uniones de hecho.

La convivencia “more uxorio”, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo —hoy por hoy inexistente— sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica. En esta idea ha incidido el TC en todas las sentencias que ha reconocido al conviviente la llamada subrogación mortis causa en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia more uxorio, bajo el régimen de la derogada LAU, TR aprobado por D 4104/1964 de 24 de diciembre; así, SS 222/1992 de 11 de diciembre; 6/1994 de 18 de enero; 47/1993 de 8 de febrero.

El Tribunal Supremo parte de la idea de que la convivencia *more uxorio* no está regulada por la ley, pero tampoco es rechazada, no obstante ha señalado que no se le puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales

(las sentencias de 21 de octubre de 1992 y la S. 18 de febrero de 1993 declaran que es de imposible aplicación la normativa de la comunidad de gananciales, lo que reiteran las de 22 de julio de 1993 y la de 11 de octubre de 1994 que insiste en que no se le puede aplicar ni ésta ni la del régimen de separación de bienes). La sentencia de 16 de diciembre de 1996 dice literalmente: nota común que resulta de la propia noción es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras; la misma idea se reitera en la S. 4 de marzo de 1997.

2. Solución jurídica para resolver los conflictos de las uniones de hecho.

La exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el CC (el propio art. 96) y la L 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos [cuyo art. 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del TC y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado.

En el presente supuesto, queda claro que uno de los convivientes contrajo una grave enfermedad y sigue, por pacto entre los convivientes (como declara probado la sentencia de instancia), en el uso de la vivienda, muebles y plaza de aparcamiento, tras la

ruptura de la convivencia. Igualmente queda acreditado que la vivienda y la plaza de aparcamiento la adquirieron por mitad y pro indiviso (la diferencia de las aportaciones económicas de uno y otro ha sido reclamada y concedida en el presente proceso).

Se trata por tanto, de una situación que es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego, por costumbre, con lo cual será preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 CC y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia “more uxorio”; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación.

Señala el Tribunal Supremo que “La sentencia de instancia ha inaplicado incorrec-

tamente el art. 96 CC y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda”. Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación en este particular y atribuye el uso de la vivienda a la conviviente, aunque no indefinidamente, sino por un tiempo aproximado de diez años, teniendo en cuenta que la escritura pública de compraventa se hizo a principios de 1988, la convivencia duró 2 años, y la demanda fue a principios de 1992, con lo cual se fija el límite en fecha 1 de febrero del 2000, tras la cual se aplicarán las reglas sobre la copropiedad que establecen los arts. 392 y ss. CC.

3. *Consecuencias patrimoniales del cese de la convivencia. Efectos de la manifestación falsa de estar casado con persona con la que se convive en escritura de compraventa de vivienda.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 1998.

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

No existiendo entre los convivientes voluntad de constitución de un patrimonio único e indistinto, no procede presumir la existencia de una comunidad de bienes entre los mismos. La simple mención que, por error, se contenía en la escritura de compraventa de que el conviviente estaba casado con la actora no supone que la misma ostentara los derechos de casada sobre el mismo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Encarnación interpuso contra D. Eduardo demanda de menor cuantía solicitando se dictase sentencia por la que se condenase al demandado a

poner a disposición de la demandante los bienes que le correspondan por la liquidación de la sociedad conyugal acreditada y que asciende a una cantidad estimada de 6.000.000 de ptas., así como de indemnización por los perjuicios originados de 600.000 ptas., los gastos de sepelio por importe de 386.000 ptas., más los intereses y costas del presente juicio.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Leganés dictó Sentencia con fecha 30 de junio de 1992 desestimando la demanda.
- En grado de Apelación, la Sec. 13.^a de la AP de Madrid, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 1993, estimando parcialmente el recurso y condenando al demandado a que entregue el 50 por ciento de la mitad indivisa del piso sito en..., con el límite cuantitativo estimado que se fija en la demanda.
- D. Eduardo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión debatida en el presente procedimiento gira en torno a dos cuestiones, por un lado la existencia o no de una unión de hecho entre las partes y por otro, las consecuencias patrimoniales del cese de la convivencia.

1. Existencia de una unión de hecho.

El recurrente sostiene que en ningún momento existió una unión de hecho entre él y la parte actora, sin embargo, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en base a la prueba testifical junto con la valoración de otros medios probatorios, llega a la conclusión de que existió una convivencia “more uxorio” entre las partes. Se intenta desvirtuar esta declaración por tres vías: infracción del art 1214 del CC, nueva valoración de la prueba testifical e impugnación de la prueba documental privada aportada por la actora:

a) Infracción del art. 1214 del CC. Entiende el recurrente que se ha infringido el art. 1214 del CC —incumbe la prueba de las obligaciones al que reclame su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone—, pero como señala el Tribunal Supremo “*el art. 1214 CC no se infringe si la Audiencia esti-*

ma las pruebas propuestas y aportadas por la actora para demostrar la antedicha convivencia en un sentido contrario al del demandado, hoy recurrente, sino cuando se desplace la carga de la prueba contra lo ordenado en él, en otras palabras, atribuya las consecuencias de no haber probado a quien no tenía esa carga, lo que aquí no ha ocurrido. Se han valorado las pruebas realizadas por actora y demandado sobre la convivencia controvertida”.

b) Nueva valoración de la prueba testifical. Intenta el recurrente en vía casacional cuestionar la valoración de la prueba testifical efectuada por la Audiencia y que fue determinante para declarar la existencia de la unión de hecho, pero como indica el Tribunal Supremo “*la prueba testifical es discrecional en cuanto a su apreciación por el juzgador; no impugnabile en casación, toda vez que los arts. 659 LEC y 1248 CC no contienen reglas de valoración y sólo poseen carácter admonitivo, no preceptivo, y, además, las reglas de la sana crítica a que alude el art. 659 no pueden considerarse como normas infringidas al no constar en norma jurídica positiva (SS 20 de diciembre de 1991,*

11 de abril de 1992, 17 de abril de 1997, entre otras muchas)”.
 c) Impugnación de documentos privados. También alega el recurrente error en la interpretación de la prueba documental, en cuanto que los documentos privados que se examinan no tienen valor frente a terceros porque no han sido adverbados, como tampoco el testamento de D. Eduardo, y los documentos administrativos no hacen fe del estado civil. Además, los documentos públicos tampoco acreditan los estados civiles de D. Eduardo y D.^a Encarnación a lo largo de su vida. *“El motivo se desestima en cuanto que su admisión lo único que llevaría consigo es que determinados documentos privados en los cuales se basa la Audiencia para obtener el convivimiento de que existió convivencia marital entre ambos no pueden ser tenidos en cuenta. Pero tal documentación no es más que una parte del conjunto probatorio utilizado, por lo que su salida jurídica de él dejaría subsistente la prueba testifical y la escritura de adquisición del piso por D. Eduardo, que son elementos suficientes de orden fáctico para entender establecida aquella convicción sobre la convivencia. Por otra parte, es de resaltar que nada tiene que ver la realidad del estado civil de los convivientes a ese fin, si eran solteros o no; aquí se trata de determinar si convivían maritalmente o no, y eso no lo dicen obviamente los documentos que se tachan por el recurrente de inauténticos”*.

2. Consecuencias patrimoniales del cese de la convivencia.

Revocando la sentencia dictada por el juzgado de 1.^a Instancia, la Audiencia Provincial acordó que el demandado debía entregar a la actora el 50% del inmueble que se adquirió cuando convivían ambos, aunque respetando el límite cuantitativo solicitado por la actora en el suplico de su demanda. El recurrente sostiene que no procede dicha entrega puesto que no hubo comunidad de bienes, ya que no está acreditada ni la voluntad de constituir ni la constitución de un patri-

monio único e indistinto entre ellos, ni pacto expreso o tácito que patentice la voluntad de crear un condominio o una sociedad particular o universal ni comunidad de bienes, pues no queda acreditada la puesta en común de dinero, bienes o industria, ni aportación patrimonial alguna de la actora.

La Audiencia Provincial llega a esta conclusión fundamentalmente en base a las manifestaciones que se contenían en la escritura pública de compraventa del piso en la que el demandado manifestó que estaba casado con la actora. A este respecto señala el Tribunal Supremo que *“de tal escritura, no puede deducirse aquella voluntad de constitución de un patrimonio común. Del hecho de que exista una convivencia “more uxorio” (pues está demostrado que D. Enrique no estaba casado con D.^a Encarnación) no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del art. 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes. Pero aquí no existe ninguna prueba de que el dinero con que se pagó el piso procediese de un acervo que era común de los convivientes ni que la hipoteca también se satisfizo con cargo a él ni a ningún patrimonio concreto. En estas circunstancias, no puede interpretarse que era voluntad de D. Enrique constituir un patrimonio común con D.^a Encarnación ni antes ni después de la susodicha escritura. Por no constar, ni consta siquiera que hayan tenido una cuenta corriente conjunta, ni separada.*

El que D. Enrique manifestase sobre su estado civil una falsedad, que en escritura pública de 28 de enero de 1988 justifica como un error que sufrió en la fecha de la escritura de compra del piso (6 de diciembre

de 1973), nada obsta a lo expuesto, porque aunque se estimase el error no obstante su inverosimilitud total (nadie cree por error que está casado o que está soltero), de la simple mención del nombre de D.^a Encarnación no puede deducirse unívocamente que quiso que ostentase los derechos de casada sobre el piso, pues era fácilmente descubrible el “error”, con lo que aquélla se quedaría sin nada por no darse fuera del matrimonio la presunción de ganancialidad de los

bienes adquiridos. Estamos simplemente ante una declaración falsa del estado civil por motivaciones que no constan en autos y que no puede atribuir derechos a D.^a Encarnación D. E., que sabía la verdad”

Consecuentemente con dicho razonamiento jurídico, el Tribunal Supremo casó la sentencia y revocando la dictada por la Audiencia Provincial, confirmó la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia que absolvía a D. Eduardo de los pedimentos de la demanda.

II. FILIACION

1. RECONOCIMIENTO DE FILIACION

1.1. *Reconocimiento de un hijo mayor de edad. No equivale a consentimiento tácito el haber ejercitado una acción reclamando los derechos sucesorios.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 15 de octubre de 1997.

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

Efectuado el reconocimiento del hijo no matrimonial mayor de edad en escritura pública es necesario que el mismo preste su consentimiento expreso o tácito y no tiene tal significación el hecho de haber presentado una demanda contra los demás herederos reclamando su parte correspondiente.

ANALISIS DEL CASO

- Mediante escritura pública de 2 enero 1958, D. Manuel fue reconocido por D. José como hijo extramatrimonial suyo. En dicho documento no consta el consentimiento del reconocido.

- D. José falleció el día 15 de mayo de 1981, sin otorgar disposición testamentaria
- D. Manuel instó contra D.^a María Encarnación y D.^a María Dolores juicio de menor cuantía para que se declarase que al fallecimiento de D. José, el actor tenía la condición de heredero forzoso del mismo, y que por tanto le corresponde la mitad de los bienes dejados por aquél. También solicitó que cautelarmente se decrete la nulidad e ineficacia tanto de la posible declaración de herederos abintestato de don José, como de cuantos otros actos y documentos sucesorios de toda clase se han podido tramitar y formalizar en relación con la herencia de tal causante, desconociendo o ignorando su condición de heredero forzoso del mismo que concurre en don Manuel.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de los de Sevilla, dictó Sentencia con fecha 11 de junio de 1992, estimando la demanda y declarando que don Manuel, hijo no matrimonial de don José ostenta, desde el fallecimiento de éste, la condición de heredero abintestato del mismo, y en consecuencia, le corresponden por título hereditario, la mitad de los bienes dejados por aquél.
- La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, dictó sentencia con fecha 8 de junio de 1993, estimando en parte el recurso interpuesto por las demandadas, revocando la sentencia en cuanto al pronunciamiento relativo al rendimiento de cuentas de los frutos y rentas que hayan podido producir los bienes de la herencia, que deberá limitarse a partir del momento del emplazamiento de las demandadas.
- D.^a María Encarnación y D.^a María Dolores interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala la disposición adicional 5.^a de la ley 11/1981 de 13 de mayo que “El reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior tuviera la condición de ilegítimo no natural, determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente ley, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta exige”. En el presente caso, y por medio de escritura pública el actor fue reconocido cumpliéndose así el requisito establecido en el artículo 120 del CC, sin embargo queda por determinar si se cumplió con el requisito establecido en el art. 123 del CC: “El reconocimiento de un hijo mayor de

edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito”.

La sentencia de la Audiencia Provincial señalaba que mediante escritura pública de 2 enero 1958, el actor fue reconocido por el causante de la sucesión como hijo extramatrimonial suyo, y, aunque ni en dicho documento, ni en ningún otro, conste el consentimiento del reconocido que exige el art. 123 CC, no cabe duda de su tácita aceptación, que también autoriza el mismo precepto, pues, partiendo de la base de que la ley no señala plazo y puede prestarse, por ello en

cualquier momento, mientras no se produzca un expreso rechazo, no puede pensarse en una mayor prueba de aceptación que la interposición de una demanda como la que formula, reclamando los derechos derivados de ese acto de reconocimiento; sin olvidar además la matización que señala la doctrina de que, si la falta de ese requisito podría provocar la falta de eficacia del reconocimiento para proyectarse en la esfera personal del reconocido, no debe implicar necesariamente que no puede tener consecuencias en la esfera de quien efectúa el reconocimiento para quien entraña una vinculación.

En contra de esta tesis, la parte recurrente en casación sostiene que en el caso de autos, el consentimiento no consta ni expresa ni tácitamente, que el mismo debe ser personalísimo, que D. Manuel no tiene posesión de estado y además, que quien no ha consentido el reconocimiento no puede reclamar derechos sucesorios con su correspondiente contenido económico, sin hacer pública protesta de su filiación, constatando el reconocimiento e inscribiéndolo en el Registro Civil, ya que lo contrario como ocurre en autos rozaría el fraude de ley.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión, estimando el recurso de casación y desestimando la demanda presentada por D. Manuel en base a los siguientes argumentos:

a) *Que en el singular “petitum” de la acción entablada se pide en su primer apartado que “D. Manuel, hijo no matrimonial de D. José, ostenta desde el día 15 mayo 1981, fecha del fallecimiento de dicho señor, la condición de heredero forzoso del mismo”, y después se agregan otras peticiones de carácter sucesorio, sin duda, efecto directo e inmediato de aquella cualidad del actor como tal “hijo no matrimonial” de..., esto es, se está predeterminando o dando por supuesto ese estado civil del demandante, como fundamento de los demás derechos asimismo postulados.*

b) *Es sabido, que el estado civil de toda persona, o cualidad primaria de su propia individualización o identificación, ha de constatare mediante la correspondiente*

inscripción en el Registro Civil, según determina tanto el art. 325 CC como la L 8 de junio 1957 y su Registro 14 noviembre 1958, con sus posteriores modificaciones.

c) *Es bien cierto que aquella cualidad, “ab initio”, encuentra su viabilidad tras la reforma de nuestra precedente normativa, en base a la misma Constitución Española, art. 39 y la posterior Ley de Desarrollo de 13 mayo 1981, en virtud de su disp. trans. 8.^a —en lo relativo a los resultados sucesorios— por el acertado razonamiento que efectúa la Sala en su f. j. 4.^o, y en lo relativo al reconocimiento del actor como tal hijo “ilegítimo no natural”, según la denominación precedente, de acuerdo con su disp. trans. 5.^a*

d) *Y es esta disp. trans. 5.^a, de la Ley la que encauza la materia al permitir ese reconocimiento sobre quien en la precedente legislación no podía reconocerse por la sanción discriminatoria superada por la supranorma comunitaria; mas habrá de respetarse lo en aquélla preceptuado, y así se establece que ese reconocimiento de un hijo, ilegítimo no natural según la legislación anterior surtirá todos sus efectos “siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que esta ley —la L 13 de mayo de 1981— exige” y que, en el caso de autos se contienen en lo dispuesto en el art. 123 CC, es decir, que el reconocimiento del hijo mayor de edad, no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito”.*

e) *Que ese reconocimiento en escritura pública de 2 de enero de 1958, está disociado del citado consentimiento es evidente, por cuanto si bien la transitoria habilita la aptitud de todo hijo “ilegítimo no natural” para recibir los efectos del acto de aceptación de paternidad de su progenitor al abolirse la normativa discriminatoria, se repite, para que se integre formalmente ese reconocimiento y surta la plenitud de efectos, se precisa ese consentimiento o acto voluntario que, en caso alguno, como entiende la Sala “a quo” se embebe en el mismo planteamiento de la acción, porque, según el “petitum” transcrito, esa voluntad del actor se*

encamina no a “consentir” su reconocimiento sino a que se le reconozcan los derechos sucesorios derivados.

f) Se refuerza lo anterior, porque si el estado civil que, en el sentir del actor, causa su “ratio petendi”, no puede olvidarse que el mismo proviene de aquel “reconocimiento en escritura pública”, y que además no está inscrito en el Registro Civil, por lo que la sanción del art. 120 CC, es ineludible, es decir, dicha filiación no matrimonial, sólo quedará determinada legalmente, o por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente ante el Registro Civil o por sentencia firme; vías todas que requieren una petición expresa del interesado con la observancia de citado art. 123, bien a través de inscripción fuera de plazo en el Registro Civil con

la observancia el ap. 3.º de la Circular de 2 de junio de 1981, o bien mediante sentencia judicial tras la acción correspondiente como paso previo para su posterior inscripción registral; y así conforme al art. 49 Ley de Registro Civil, el 187 de su Reglamento prescribe terminantemente “no se puede inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito, la existencia de este último se podrá comprobar en expediente gubernativo”.

En conclusión, como no se ha formulado expresamente esta petición de estado civil, ni ha precedido, en su caso, el cauce registral, no es posible acceder a lo solicitado, y con la acogida del motivo y sin necesidad de examinar el resto y actuando a tenor del art. 1715,1 3.º LEC procede desestimar la demanda.

2. RECLAMACION DE PATERNIDAD

2.1. Valoración de la negativa a someterse a la prueba biológica.

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 23 de enero de 1998.

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

Procede declarar la filiación extramatrimonial de una menor en base a la prueba testifical y a la negativa a someterse a la prueba biológica, sin que tenga naturaleza suficiente para variar el sentido del fallo la alegación de que el sometimiento a la prueba biológica pudiera afectar al propio sentimiento religioso y tradicional de la familia del recurrente, ni tampoco que sea aplicable al caso el principio de presunción de inocencia, por existir elementos de convicción suficientes para declarar la paternidad reclamada.

ANALISIS DEL CASO

- Por la madre de una menor se interpuso demanda de menor cuantía en la que solicitaba que se declarase la filiación extramatrimonial respecto al demandado.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid, el 18 de enero de 1993, dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, declarando como probados los siguientes hechos: A) Desde el mes de agosto de 1987 en que se entabló conocimiento entre los hoy litigantes surgió una relación amistosa entre ambos que desembocó en intimidad y mantenimiento de acceso carnal entre ellos. B) Consecuencia de dichas relaciones, mantenidas no obstante la alejada residencia común de ambos, nació el día 3 de diciembre de 1988 la menor. C) El demandado se ha desentendido de sus obligaciones legales respecto de la menor y la madre de ésta. D) El demandado se ha negado injustificadamente a someterse a la realización de las pruebas biológicas.
- La sentencia se basó fundamentalmente en la declaración testifical, y en segundo lugar en la injustificada negativa por parte del demandado a someterse a la prueba biológica. Respecto a esta última se afirma que “en el presente caso no puede estimarse justificada ni razonable la invocación de un padecimiento coronario, máxime cuando no se desaconseja clínicamente la realización de las pruebas, ni se menciona que pueden determinar algún serio riesgo para la salud; además, ha de tenerse en cuenta que la negativa, al margen de la inexistencia al lugar de su práctica en el día señalado, se instrumentó no directamente por el demandado sino por su representación procesal, habilitada únicamente con poder general para pleitos, los que nunca pueden ser portadores de una declaración de voluntad tan personalísima que sólo el otorgamiento de un poder especial en sentido estricto puede suplir y justificar...”; igualmente —se añade—, resplandece que “el propio informe médico aportado a las actuaciones, resulta que las pretendidas afecciones de impotencia sexual que se dice arrancan de cuatro o cinco años atrás, no integran una afirmación apodíctica del profesional médico que lo elabora, sino que incluye como referencia el paciente, acaso probable pero no como incontrovertiblemente cierta...”
- Con fecha 17 de enero de 1994 la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, dictó sentencia en grado de apelación desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado. Por la Sala se alude a la supuesta existencia de que la demanda inicial fue acompañada de la partida de nacimiento de la menor, en la que se identifica a efectos registrales, sólo como padre a una persona llamada Antonio, pero que a ese documento se une una cinta magnética grabada, haciéndose constar los pormenores de esa cinta, afirmándose por la Sala *a quo* “... y esta prueba aunque fue impugnada por la otra parte, se ha de entender que ese documento grabado es lo suficientemente expresivo para darle eficacia probatoria de una situación amorosa mantenida en el tiempo, con constantes alusiones a situaciones de cariño, y promesas de futuro...”

- El demandado interpone recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Para impedir la declaración de paternidad, el demandado aportó en autos un informe médico emitido por un doctor en Cirugía Cardiovascular, en el que se hace constar: “claramente y sin ambigüedad alguna, que el demandado padece una arteriopatía que afecta al sector aortoiliaco en forma de dilatación aneurismática de la aorta infrarenal, trastornos que se plasman en una impotencia sexual. Esas dolencias, y como consecuencia, esa impotencia sexual, vienen produciéndose aproximadamente desde hace cuatro años (como puede verse, con anterioridad a que la actora quedase en cinta)”. Sin embargo la sentencia de instancia y de apelación estimaron la demanda y declararon su paternidad. El demandado intenta por vía de recurso de casación que el Tribunal Supremo valore dicho documento, pero existen diversos obstáculos:

a) De carácter procesal. Puesto que como señala el Tribunal Supremo *tal dictamen hacía referencia a hechos no alegados en la contestación a la demanda fue presentado fuera del período probatorio, no fue ratificado ante la presencia judicial, sin que conste su autenticidad, según consta en el propio escrito del demandado de 27-V-1992, que reconoce “que con posterioridad al término de prueba ha llegado a nuestro poder el informe del doctor por lo que es de aplicación lo resuelto entre otras en S. de 4-VII-1997, que decía— “... que si se pretende obtener una tutela judicial efectiva que evite indefensión, será necesario utilizar todos los medios de prueba que sean pertinentes, lógicos y que se hayan propuesto en el momento procesal oportuno, como dicen las Sentencias de esta Sala de 26 de enero de 1990 y de 25 de marzo de 1993...”*

b) De carácter sustantivo. En primer lugar, la representación del recurrente pretende que la Sala de Casación efectúe una nueva valoración del material probatorio de acuerdo con los criterios del recurrente y que en esa nueva valoración se dé especial relevancia al dictamen pericial emitido por el Doctor de Cirugía que el motivo menciona, cuando dicha valoración incumbe al órgano *a quo*. Y en segundo lugar, porque “*pese a haber sido presentado extemporáneamente y sin previas alegaciones al respecto, el juzgador de primera instancia emite sus consideraciones sobre el “documento” de referencia a efectos de su juicio, y aun cuando no se explícate por la Sala “a quo” la apreciación de dicha prueba documental, es claro, que la misma se tuvo en cuenta, porque, la convicción de la Sala sentenciadora, proviene de la apreciación de la prueba en su conjunto, y no cabe ignorar que habiéndose ratificado en un todo la Sentencia de apelación, la argumentación jurídica de la Sentencia de Primera Instancia, destaca que en el propio F.J. 3.º de la misma se valora dicho informe cuando se hace constar, como se ha transcrito, que en el propio informe médico aportado a las actuaciones, “resulta que las pretendidas afecciones de impotencia sexual...” (y es que la misma literalidad del así suscrito en 17-V-1982 es bien significativa, al decir: “Juicio Clínico: Se trata de un paciente con una arteriopatía que afecta fundamentalmente al sector aorto-iliaco en forma de dilatación aneurismática de la aorta infrarenal, con zonas de estrechamientos a nivel de vasos ilíacos, afectando de forma significativa a los vasos hipogástricos. Los hallazgos arteriográficos concuerdan con la clínica de molestias a ni-*

vel de la región glútea y de los trastornos de impotencia sexual que refiere el paciente”).

El demandado justifica que no se sometió a la prueba biológica, además de que su salud no se lo permitiera, porque ello podría afectar al propio sentimiento religioso y tradicional de la familia y por tanto, se estarían vulnerando preceptos constitucionales como los artículos 15 (derecho a una integridad moral) y 18 (derecho al honor y a la propia imagen, y, sobre todo, a su intimidad personal y familiar). El Tribunal Supremo argumenta que “*aun cuando pudieran tener un peso específico “ad intra” en el comportamiento ético de las personas, sin embargo, no tienen naturaleza suficiente para ser relevantes y variar el sentido del fallo recurrido*”.

Por último, el demandado sostiene que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia contenido en el art. 24 de la Cons-

titución Española, indicando el Tribunal Supremo que “*en este supuesto concreto, con independencia, de que ese módulo de laxitud enjuiciadora, por su alcance o espectro meramente punitivo, ha de mantenerse, por lo general, en su marco habitual aplicatorio de naturaleza penal, y aun en la hipótesis de su juego en cualquier otro ordenamiento, como pudiera ser el civil, en caso alguno, puede ser proyectada al litigio en el sentido pretendido por el motivo, de que esa presunción de inocencia, lleva, sin más, cuando no existen otros argumentos de descargo, a entender que no es posible imputar la paternidad postulada, en tanto en cuanto, no se demuestre lo contrario, en especial, como acontece en autos, cuando, sí existen elementos de convicción suficientes para declarar la paternidad reclamada; por todo ello, con el rechazo del motivo, procede desestimar el recurso con los demás efectos derivados*”.

2.2. Investigación de la paternidad. Inexistencia de negativa a someterse a la prueba de paternidad.

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

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

Para que la falta de práctica de la prueba biológica pueda ser considerada, junto con otras pruebas, como indicio probatorio de la paternidad del demandado, es preciso que la ausencia de práctica de dicha prueba sea debida a una negativa del demandado a someterse a la misma, lo que la Sala considera que no ha ocurrido en el caso presente, pues el recurrente, ya fallecido al sustanciarse la casación, en la fecha de tramitación del proceso tenía 80 años de edad y se encontraba gravemente enfermo.

No puede considerarse como prueba suficiente de la paternidad la exclusiva declaración de tres o cuatro testigos, todos ellos unidos al demandante por vínculos de parentesco o de amistad íntima (entre ellos su propia madre y una hermana de ésta).

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan promovió contra D. José juicio de menor cuantía en el que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare que el demandante es hijo no matrimonial del demandado.
- La sentencia dictada por el Juzgado de instancia estimó íntegramente la demanda.
- La Audiencia Provincial de Salamanca, en grado de apelación, dictó sentencia confirmando la de instancia que declaraba que el demandante D. Juan es hijo no matrimonial del demandado D. José y condena a éste a estar y pasar por dicha declaración con todas las consecuencias jurídicas inherentes a la misma. La sentencia basa su pronunciamiento estimatorio de la demanda en que no aparece probado que, en la fecha de concepción del demandante, la madre de éste hubiera tenido relación sexual con ninguna otra persona y en que existe la probabilidad de que tuviera acceso carnal con el demandado en dicha fecha, con base en lo cual exclusivamente, unido a la que dice fue negativa de dicho demandado a someterse a la prueba biológica, declara que éste es el padre del demandante.
- Por el demandado D. José, se interpuso recurso de casación. Durante la tramitación del mismo se produjo el fallecimiento de D. José, siendo sustituido, en calidad de recurrente, por su hijo D. Domingo. El Tribunal Supremo estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Declarada la paternidad del demandado en la sentencia de instancia y confirmada por la Audiencia Provincial el recurrente en casación entre otras alega dos cuestiones fundamentales, la primera relacionada con la falta de requerimiento personal para la práctica de la prueba biológica y en segundo lugar, la ausencia de pruebas para tal declaración.

1. **El requerimiento al demandado para someterse a la prueba biológica.**

Es bien conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que la negativa a someterse a la práctica de la prueba bio-

lógica será considerada como un indicio importante que, en unión de otras pruebas, podrá determinar la declaración de paternidad. Ahora bien, una cuestión fundamental relacionada con la negativa a la práctica de dicha prueba, es la relativa a los requisitos que debe reunir el requerimiento para poder entender que el demandado se niega a ella. En principio dicho requerimiento debe ser personal, es decir, no es procedente efectuarlo en la persona del procurador personado en autos, y en el presente caso no existió tal requerimiento. En efecto, como señala el Tribunal Supremo *“para que la falta de práctica de la prueba biológica pueda ser considerada como indicio proba-*

torio, junto con otras pruebas, acerca de la paternidad del demandado, se requiere que esa no práctica de la prueba biológica sea debida a una negativa del demandado a someterse a la misma, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues el demandado D. José, que en la fecha de tramitación del proceso tenía ochenta años de edad (nació el 18 de enero de 1913) y se encontraba gravemente enfermo, hasta el extremo de que ni siquiera se le pudo practicar la prueba de confesión judicial, ni fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica, ni mucho menos se negó a someterse a la práctica de la misma”.

2. Ausencia de pruebas para declarar la paternidad.

Habiéndose dejado sin efecto las consecuencias de la supuesta negativa a someterse a la pruebas biológicas, no queda más opción que acreditar la paternidad a través de otros medios de prueba. El demandado insiste en que no existen tales pruebas y por tanto discrepa de las sentencias impugnadas. El Tribunal Supremo, analizando nuevamente

las pruebas señala que “El motivo también ha de ser estimado, ya que tratándose en este proceso de la búsqueda, en la medida de lo posible, de la verdad material, y teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que el demandado, por su avanzada edad y la grave enfermedad que padecía (incluso con demencia senil), no se negó a someterse a la práctica de la prueba biológica, no puede considerarse como prueba suficiente de la paternidad del mismo con respecto al demandante la mera afirmación que, con base exclusiva en las declaraciones de tres o cuatro testigos, todos ellos unidos al demandante por vínculos de parentesco o de amistad íntima (entre ellos su propia madre y una hermana de ésta), hace la sentencia recurrida en el único y exclusivo sentido de considerar que existe la posibilidad de que, hace más de sesenta años, el demandado hubiera tenido acceso carnal con la madre del demandado, que pudo haber sido la determinante del nacimiento de éste, que tuvo lugar el día 1 de agosto de 1933, sin que exista al respecto, ninguna otra clase de prueba, ni documental o gráfica, ni de ningún otro tipo, salvo la muy dudosa testifical anteriormente dicha”.

2.3. Reclamación de paternidad. Declaración en base a prueba indiciaria.

**Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.**

Para la declaración de paternidad deben concurrir la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación y la negativa obstruccionista e injustificada del demandado a la práctica de las pruebas biológico-hematológicas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María Jesús instó contra D. Pascual demanda de juicio de menor cuantía en la que terminaba suplicando al Juzgado que se dictase sentencia por la

que se declare que la actora es hija del demandado y ordene en consecuencia las correspondientes modificaciones en el Registro Civil donde se halla inscrito el nacimiento.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros, dictó sentencia estimando la demanda.
- En grado de apelación la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia el 15 de diciembre de 1993, estimando el recurso interpuesto por el demandado y revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda.
- D.^a María Jesús, interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la práctica de la prueba biológica en los procedimientos de paternidad:

a) No puede imponerse a una persona por la fuerza la toma de muestras de sangre para la práctica de la prueba de la paternidad, ni puede ser físicamente obligada a ello, ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al de libertad de la persona; todo ello sin perjuicio de las consecuencias lógicas que haya lugar a deducir de tal negativa (SS de 14 de noviembre de 1987, 14 de julio de 1988 como las más significativas entre muchas).

b) La negativa a sufrir dicha práctica probatoria nunca podrá estimarse para la parte requerida como una *ficta confessio*, sino que únicamente significa un indicio valioso que conjugado con otros elementos probatorios obrantes en autos, pudieran permitir llegar a la declaración de paternidad pretendida (SS de 23 de septiembre y 3 de diciembre de 1988).

Ante la ausencia de una prueba biológica de paternidad, debe entrar en juego lo que establece el artículo 135 del Código Civil, es decir, podrá declararse la filiación en base a los hechos de los que se infiera la misma.

En el presente caso, habiéndose negado el demandado a la práctica de la prueba biológica, la Audiencia Provincial entendió que de las demás pruebas no podía deducirse la paternidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo llega a un resultado distinto, para lo cual sienta las siguientes premisas:

a) *Una negativa injustificada del demandado a permitir la extracción de sangre*

para proceder a la práctica de la prueba hematológica de la paternidad.

b) *Que la madre de la actora en la época de la concepción de la misma desempeñaba funciones domésticas en casa del demandado.*

c) *Que después del nacimiento de la actora, se querrela por estupro doméstico contra el demandado, que se archivó por causa de una renuncia de la parte querellante a ejercitar la acción penal —en aquella época era un delito privado—, ante la Audiencia Provincial.*

d) *El convencimiento popular en una pequeña localidad de la relación paterno-filial puesto en cuestión.*

Pues bien, dichos datos son base o premisa suficiente, con una deducción lógica adecuada, para llegar a la conclusión de la paternidad del demandado respecto la actora. Sobre todo cuando la doctrina científica actual tiene declarado que bastaría una sola relación sexual para la generación de la que puede inferirse la filiación, y cuando además el nacimiento surge en el tiempo idóneo.

Con todo lo anterior se han completado los requisitos que exige la jurisprudencia pacífica y consolidada de esta Sala, que establece que para la declaración de paternidad deben concurrir: la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación y la negativa obstruccionista e injustificada del demandado a la práctica de las pruebas biólogo-hematológicas (SS 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 5 de abril de 1990, 5 de octubre de 1992, 20 de octubre de 1993, 16 de julio de 1994 y 4 de julio de 1996, entre otras).

2.4. *Reclamación e impugnación de paternidad. Legitimación del padre biológico no matrimonial para solicitar el reconocimiento de la filiación y la impugnación de la que consta en el registro.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 1998.

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

El progenitor no matrimonial puede acogerse a lo establecido en el art. 134 del Código Civil, circunstancia que viene avalada por el principio de veracidad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para hacerle coincidir así con la realidad sociológica.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Almudena y D. Manuel promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra D. Pablo sobre reclamación de paternidad no matrimonial de D. Manuel, concurrente con la impugnatoria de la matrimonial que consta en el Registro Civil, respecto al menor Pablo.
- Con fecha 1 de diciembre de 1994, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 48 de Madrid, declaró que el menor era hijo de los actores, y, en su consecuencia, procedía realizar las correspondientes modificaciones en el Registro Civil de Madrid
- El 19 de Diciembre de 1995, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid, dictó sentencia en grado de apelación confirmando la sentencia al estimar acreditados los hechos que siguen: D. Pablo y D.ª Almudena contrajeron matrimonio el 4 de abril de 1981, durante el tiempo en que estuvo vigente el matrimonio, la esposa mantuvo relaciones sexuales con D. Manuel, fruto de las cuales fue el hijo que nació el 18 de marzo de 1985, que fue inscrito en el Registro Civil como Pablo, posteriormente se produjo la separación entre el matrimonio referido y pericialmente se informó en el sentido de que la paternidad biológica de D. Manuel con respecto al menor expresado es paternidad prácticamente probada, y que la inclusión de la paternidad en los términos reflejados en el informe, supone la exclusión de otro presunto padre.
- D. Pablo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La redacción de los artículos del Código Civil relativos a la filiación en cuanto a la legitimación para la reclamación e impugnación de la paternidad, es sin duda confusa y ello ha provocado numerosos problemas procesales. En esta sentencia se abordan tres aspectos relacionados con ello: legitimación del padre biológico no matrimonial para reclamar e impugnar la filiación del hijo, la falta de litisconsorcio activo necesario de la madre y la falta de litisconsorcio pasivo necesario del padre biológico.

1. Legitimación del padre biológico no matrimonial para reclamar la paternidad y a su vez impugnar la que consta en el Registro Civil.

Si nos atenemos al texto de los preceptos del Código Civil y a los comentarios de la doctrina podemos comprobar las escasas posibilidades que tiene este padre biológico para impugnar la filiación matrimonial que consta en el Registro Civil. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dando una interpretación amplia a estos artículos otorga dicha legitimación. En el presente supuesto se analiza este tema, señalando nuestro más alto tribunal: *“Atendiendo a la literalidad de los arts. 131 y 134 del texto sustantivo, parece desprenderse una cierta contradicción entre ellos, pero la aparente antinomia entre uno y otro precepto como ya quedó razonado en la S 23 de febrero de 1990 ‘ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia al segundo, hasta el punto de catalogarle como verdadera excepción del primero, ya que el art. 134, cuyos términos de redacción son bien explícitos y no dejan lugar a dudas, permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, permitiendo 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 en*

que el progenitor no matrimonial puede acogerse a lo establecido en el art. 134, lo que viene avalado por el principio de veracidad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para hacerle coincidir así con la realidad sociológica’, y semejante declaración y orientación jurisprudencial se encuentra en línea con la expresada en igual sentido en las sentencias, entre otras, de fechas 5 de noviembre de 1987; 3 de junio de 1988; 19 de enero de 1990 y 17 de marzo de 1995”.

Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, concluye el Tribunal Supremo que *“D. Manuel, en su calidad de padre biológico del menor registralmente inscrito como Pablo, se encontraba legitimado para accionar del modo que lo hizo en la demanda inicial”.*

2. Falta de legitimación de la madre para instar en nombre del hijo el procedimiento de impugnación.

El recurrente plantea esta cuestión habida cuenta que él también ostenta la representación del hijo en virtud de lo establecido en el art. 154 del CC. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que *“aunque cupiera comprender la posible colisión o contraposición de intereses que concurren al caso de autos y la no menos posibilidad de reproches que pudiera merecer la conducta de la madre en el terreno moral o ético como se apunta en la sentencia recurrida, es indudable que no cabe desconocer su condición de p r o - genitora del menor; ni impedir, por ende, su derecho a ejercitar la acción prevenida en el art. 134 CC, bastando esto, de por sí y sin necesidad de mayores razonamientos, en orden a entender que la señora dicha tenía plena legitimación para promover la meritada acción, sin tener que acudir al mecanismo de la legitimación por sustitución o en beneficio del menor, como se pretende por el recurrente”.*

3. Falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Entiende el recurrente que al no tener el supuesto padre biológico legitimación para impugnar la paternidad, para que la acción acumulada de reclamación pueda tramitarse será necesario que el supuesto padre biológico figure como demandado, pues en caso contrario existirá falta de litisconsorcio pasivo necesario y estará mal constituida la relación jurídico procesal. La circunstancia de haberse desestimado el primer motivo de impugnación relativo a la falta de legitimación activa del padre biológico tiene como ineludible consecuencia que este nuevo motivo también sea desestimado, puesto que, como señala el Tribunal Supremo “*si la relación jurídico-procesal de la parte actora, quedó válidamente configurada y D. Manuel se encontraba legitimado para interponer la demanda sobre reclamación de paternidad o filiación, no resulta admisible pretender que al mismo correspondiera, a la vez, la legitimación pasiva*

para figurar como demandado, lo cual, supondría conducir al absurdo la figura del litisconsorcio pasivo, lo que determina, como se decía, el fracaso del motivo que ahora nos ocupa”.

Por último, el recurrente alega un motivo típico en estos procedimientos: la vulneración del derecho al honor y a la intimidad. En estos supuestos el Tribunal Supremo reiteradamente señala que “*La sentencia no infringe el derecho al honor o a la intimidad de D. Pablo (art. 18.1 CE), ni, tampoco, el constitucional art. 39 sino que se aplica de acuerdo con lo que disponen las leyes que lo desarrollan, en lo que a la reclamación de la filiación y a la impugnación de la paternidad contradictoria se refiere, y entender lo contrario, supondría negar la existencia de las acciones que sobre reclamación de filiación se regulan en los arts. 131 y ss. CC, especialmente, la contemplada en el art. 134 y de aquí, que, sin requerir de mayores reflexiones, proceda el decaimiento del motivo por la ausencia de la infracción hecha valer en el mismo*”.

3. IMPUGNACION DE PATERNIDAD

3.1. Reclamación e impugnación de paternidad. Legitimación del progenitor no matrimonial sin posesión de estado.

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

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

El progenitor no matrimonial sin posesión de estado tiene legitimación para reclamar la filiación del hijo en una interpretación extensiva del art. 134 en relación con el art. 133, ambos del Código Civil. El ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio concurrente de impugnación de la filiación que se pretende.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Andrés presentó demanda de menor cuantía sobre reconocimiento de filiación extramatrimonial contra D.^a Yolanda (madre biológica) y D. Francisco (padre según el Registro Civil).
- Con fecha 23 de marzo de 1993, se dictó sentencia por el juzgado de Instancia desestimando íntegramente la demanda.
- Con fecha 24 de enero de 1994, la Audiencia Provincial de Málaga, en grado de apelación, desestimó el recurso confirmando la sentencia dictada en instancia.
- D. Andrés interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo, acordándose reponer las actuaciones al momento en el que se produjo la infracción de no admitir en segunda instancia la práctica de la prueba biológica.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimada la demanda de reclamación e impugnación de la paternidad en la instancia, y solicitada la prueba biológica en segunda instancia, la Audiencia Provincial deniega el recibimiento a prueba en base a que la reclamación de la paternidad se ejercita por un pretendido padre extramatrimonial sin posesión de estado. El razonamiento jurídico de la Audiencia Provincial para denegar la práctica de la prueba biológica lleva directamente al Tribunal Supremo a analizar la legitimación del padre biológico señalando al respecto que “*la denegación del recibimiento a prueba en la segunda instancia se apoya en el argumento erróneo de que la reclamación de la paternidad se ejercita por un pretendido padre extramatrimonial, sin posesión de estado, sin tomar en consideración que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor:*

—*Sentencia de 24 de junio de 1996: La interpretación sistemática, extiende al progenitor, aun 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 contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada.

—*Sentencia de 8 de julio de 1991: Parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 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 artículo 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 entiendo 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 artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113.2.º, 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.

— Sentencias de 19 de enero y 23 de febrero de 1990: “La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código civil, 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 artículo 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 favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 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 Sentencia 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”.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo acuerda que se repongan las actuaciones al momento en que se solicitó la práctica de la prueba en segunda instancia, ya que según todos los datos obrantes en las actuaciones, la misma fue dificultada durante la primera instancia, pese a su pertinencia y utilidad y solicitada, en momento procesal hábil de nuevo su práctica, en la segunda instancia, debió accederse a ello, para agotar todos los medios posibles con el fin de valorar adecuadamente la negativa sin que pueda alegarse como excusa “que no existe en nuestra legislación medio seguro que imponga el sometimiento a ella”, especialmente, a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 que establece que la dicha prueba no vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física cuando se cumplen los requisitos que establece y, que se dan en el caso de autos. Es cierto que no puede compelerse por medio del empleo de la fuerza a que se practique la prueba, pero sí, a advertir, con los apercebimientos de rigor sobre las consecuencias que pueden derivarse de la negativa, pues, aunque no se trate de equiparar dicha negativa a una *ficta confessio*, se convierte en el más valioso indicio que junto con otros permiten fundar la convicción del juzgador a favor de la paternidad, sin que estos otros indicios tengan que ser pruebas “contundentes” (si así fuera sobraría la prueba biológica) sino indicios serios de convivencia o relaciones sexuales entre la pareja al tiempo de la concepción.

III. REGIMENES ECONOMICOS MATRIMONIALES

1. DISPOSICION DE BIENES

1.1. *Régimen económico de comunidad de bienes (Alemania). Acción de nulidad de contrato de compraventa por falta de intervención de uno de los cónyuges.*

**Tribunal Supremo. Sala Primera. Sentencia de 27 de febrero de 1998.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.**

La legitimación activa en el ejercicio de una acción de anulabilidad sobre disposición de bienes por uno de los cónyuges pertenecientes a la comunidad matrimonial, corresponde al cónyuge que no dio el consentimiento y en principio el otro cónyuge debería ser demandado en el procedimiento. No obstante, es innecesario traer al pleito a aquellas personas que han mostrado de manera formal y fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos pretendían.

Las capitulaciones matrimoniales no inscritas no pueden afectar a terceros de acuerdo con el art. 1412.1 del CC alemán según el cual “cuando los cónyuges hubieren excluido o modificado el régimen legal de bienes, podrán, en virtud de ello y frente a un tercero, aducir objeciones a un negocio jurídico celebrado entre uno de ellos y el tercero únicamente si las capitulaciones matrimoniales han quedado inscritas en el registro de régimen de bienes del Juzgado local competente”.

ANALISIS DEL CASO

- Los esposos Otto y Helga presentaron demanda de juicio de menor cuantía contra Ana, la entidad mercantil Promociones U., Gianni, Oscar, solicitando que se declare que los actores son los únicos y exclusivos propietarios del chalet “Casa A.” y la nulidad de la aportación de dicha finca otorgada por Otto a favor de la entidad Promociones U., y de la escritura de opción de

compra de acciones otorgada por Otto a favor de Ana y que a costa de los demandados se proceda a cancelar los asientos e inscripciones registrales que se anulen y a efectuar toma de razón en los protocolos notariales donde obren las matrices de las escrituras anuladas.

- Los actores fundamentan jurídicamente su causa de pedir en: 1.º Que es causa de nulidad radical de las escrituras la falta de consentimiento de Helga en el otorgamiento de las escrituras, puesto que los esposos demandantes, de nacionalidad alemana, suscribieron antes de dichas escrituras un contrato matrimonial, en el que optaron por el régimen matrimonial de comunidad de bienes, acordando que todos los bienes del matrimonio serían comunes y que los actos de disposición de los bienes matrimoniales sólo podrían hacerse conjuntamente mediante la intervención de ambos esposos; 2.º Que la nulidad de la aportación del chalet a la sociedad Promociones U., y la opción de venta de las acciones a favor de Ana, otorgadas ambas por Otto, viene también determinada porque ambos contratos son simulados y realmente carecen de verdadero objeto y de causa jurídica que los justifique legalmente.
- El juzgado de 1.ª Instancia núm. uno de Marbella dictó sentencia estimatoria de la demanda.
- En grado de apelación, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, estimó parcialmente el recurso interpuesto por los demandados, en el sentido de estimar la excepción de falta de legitimación activa de Otto en cuanto a la acción ejercitada junto con la codemandante Helga, así como la de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto a la ejercitada por ésta y en consecuencia ciñendo el fallo a la acción de nulidad por simulación interpuesta por el demandante Otto, confirmar el dictado en su día, y declarando nula la transmisión del inmueble que se describe en la demanda así como de todos aquellos títulos y escrituras consecuencia de la misma, condenando a las partes a devolverse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, así como sus frutos e intereses.
- Tanto los actores como los demandados interpusieron recursos de casación, que fueron estimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Iniciado por los esposos conjuntamente un procedimiento declarativo para pedir la nulidad de dos escrituras públicas por simulación, en lo que aquí nos interesa, vamos a destacar dos cuestiones: una de carácter procesal y otra de carácter sustantivo.

1. Falta de litisconsorcio pasivo necesario del esposo de la actora.

El recurrente entiende que si la esposa ha ejercitado la acción de nulidad del negocio dispositivo efectuado por su esposo sin su

consentimiento, es evidente que este último no puede ser codemandante, teniendo en cuenta que según ha establecido el TS en S 19 de julio de 1993, y las que ésta cita, cuando se interpone la acción de nulidad de un contrato oneroso de un bien de la comunidad matrimonial, únicamente podrá interponerla el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, y nunca el cónyuge que otorgó el contrato, el cual deberá ser llamado al litigio como parte demandada, ya que en caso contrario, esto es, si el esposo figura como demandante, se le estaría confiriendo una acción de nulidad cuando carece de ella.

El Tribunal Supremo señala al respecto que *“Indiscutible la doctrina que se cita contenida en la Sentencia de esta Sala de 19 de julio de 1993, es asimismo doctrina jurisprudencial la recogida en la S 25 de febrero de 1966 según la cual ‘si bien es verdad que el presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario, obliga a avocar a juicio a todos los interesados en la relación jurídica material que es objeto de debate judicial y que de alguna manera han de quedar afectados por la resolución que se dicte, sin embargo no tiene ese alcance absoluto que propugna el recurrente, porque resulta de toda evidencia la innecesariedad de traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídico-material, han demostrado ya de manera formal y fehaciente, su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía, aunque tal aquiescencia hubiera sido pactada antes y fuera del proceso, pues la colocaría en la incómoda situación de tener que soportar los desagradables efectos de la rebeldía si no se personaban o les ponía en riesgo de tener que pagar las costas, si se personaban y ratificaban aquel reconocimiento y ello se interpretaba como un simple allanamiento a la demanda’.*

Esta doctrina es ratificada en S 25 de junio de 1976 a cuyo tenor ‘este Tribunal, inspirándose en lo declarado en la S 8 de mayo de 1963, recaída en un recurso de injusticia notoria, tiene también establecido que es innecesario traer al pleito a aquellas personas

que, aun estando implicadas en la relación jurídico-material, han demostrado de manera formal y fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos pretendían, aunque tal aquiescencia hubiera sido prestada antes y fuera del proceso en un acto de conciliación celebrado con avenencia (S 25 de febrero de 1966, confirmada por la de 28 de diciembre de 1973), excepción que concurre en el presente caso’.

Doctrina que aplicada al supuesto litigioso determina el rechazo de la excepción de litisconsorcio pasivo alegada, pues figurando el marido como demandante, si bien ha de negársele legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del acto dispositivo por falta de consentimiento de su esposa, su presencia en el procedimiento es muestra de su aquietamiento a la pretensión de anulabilidad ejercitada por la esposa por lo que no era necesaria su llamada al pleito en concepto de demandado sin que la sentencia, en caso de declaración de nulidad, haya de contener un pronunciamiento condenatorio para el marido ya que vendría obligado a soportar la nulidad en razón al consentimiento manifestado a la acción ejercitada por su esposa.”

2. Nulidad de la disposición de los bienes por falta de consentimiento de la esposa.

Ha quedado acreditado en autos que el contrato matrimonial celebrado por los esposos D. Otto y D.^a Helga ante el Notario de Munich (Alemania) el día 11 de diciembre de 1986 por el que establecieron régimen de comunidad de bienes no tuvo acceso, por voluntad de los cónyuges manifestada en el contrato, al Registro de Régimen de Bienes alemán ni tampoco al registro de la Propiedad español en que estaba inscrita la finca a que se refieren los contratos en cuestión a nombre del esposo; no constando que éste manifestase a las otras partes la existencia de dicho régimen matrimonial ni que éstas hubiesen tenido conocimiento del citado régimen económico matrimonial; por ello *“tales capitulaciones no pueden afectar a terceros*

de acuerdo con el art. 1412.1 CC alemán según el cual «cuando los cónyuges hubieren excluido o modificado el régimen legal de bienes, podrán, en virtud de ello y frente a un tercero, aducir objeciones a un negocio jurídico celebrado entre uno de ellos y el tercero únicamente si las capitulaciones matrimoniales han quedado inscritas en el registro de régimen de bienes del Juzgado local competente o si eran conocidas por el tercero en

el momento de celebrarse dicho negocio jurídico»; precepto de análogo contenido al art. 34 LH en cuanto extiende la fe pública registral a quien contrata con el que en el Registro aparece con facultades dispositivas sobre el bien inscrito. En consecuencia procede la desestimación de la demanda en cuanto a la acción de anulabilidad por falta del consentimiento de la esposa al negocio transmisivo realizado por el marido”.

2. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS PRIVATIVAS Y GANANCIALES

2.1. Responsabilidad por deudas de uno solo de los cónyuges.

**Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.**

De las deudas que se generen por uno solo de los cónyuges en el período en el que la sociedad de gananciales está disuelta pero aún no liquidada, responden únicamente los bienes privativos de éste, sin que puedan resultar afectados los bienes adquiridos por el cónyuge no deudor con posterioridad a dicha liquidación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María del Carmen y D. Juan contrajeron matrimonio en 1974, bajo el régimen legal de gananciales. En 30 de agosto de 1983 otorgaron capitulaciones matrimoniales que se inscribieron en el Registro Civil en el mes de octubre de 1983, adoptando el régimen económico matrimonial de separación de bienes, sin que en ningún momento procedieran a la liquidación de la sociedad de gananciales.
- Por escritura pública de 30 de octubre de 1987 D.ª María del Carmen adquirió un inmueble sito en Sierra Nevada, inscribiéndose el 14 de junio de 1988 en el Registro de la Propiedad a favor de D.ª María del Carmen, con el carácter de presuntivamente ganancial.

- Desde 1982 hasta 1985 D. Juan fue titular de un taller de reparación de vehículos de motor, librándose contra él por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) certificación de descubiertos por el mes de marzo de 1982, año 1983 completo, año 1984 completo y enero, mayo de 1985, trabándose embargo sobre la finca antes aludida, anotándose preventivamente en el Registro el 22 de octubre de 1990.
- D.^a María del Carmen, formuló demanda de tercería de dominio contra la TGSS, y contra D. Juan, en la que solicitaba que se declarase que el inmueble objeto de embargo es de su exclusiva propiedad, debiendo alcanzarse el mismo.
- El juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Granada, dictó sentencia el 6 de marzo de 1992, desestimando la demanda de tercería de dominio.
- En grado de apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, dictó Sentencia el 15 de septiembre de 1993, revocando la sentencia recurrida y estimando la demanda, declarando que el inmueble es propiedad exclusiva de la parte actora.
- La TGSS interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión debatida en el presente recurso no es otra que determinar la responsabilidad de los bienes de los cónyuges por las deudas de uno de ellos contraída en el período en el que la sociedad de gananciales estaba disuelta pero aún no liquidada, lo que nos lleva a analizar el régimen jurídico de la llamada sociedad postganancial.

1. Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación.

Con cita de las sentencias de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992 señala el Tribunal Supremo que “durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad post-matrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de

la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución) ostenta una cuota abstracta sobre el —totum— ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad post-matrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros”.

Por otro lado, hay que precisar, como lo hace el Tribunal Supremo que:

a) En modo alguno puede considerarse que la disolución acordada es nula por no ir seguida de la liquidación (inventario, ava-

lúo, abono de deudas, adjudicación...), pues ello iría en contra de la voluntad manifestada y obligaría a volver a la sociedad de gananciales, desconociendo lo querido por los interesados y por la ley, que permite el cambio de régimen económico del matrimonio.

b) La remisión contenida en el art. 1410 CC permite mantener que nos encontramos durante el período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares ambos cónyuges.

c) Los bienes comunes de la extinta sociedad se verán incrementados si producen frutos, pero no con los bienes privativos ni sus productos o el trabajo de cada cónyuge, precisamente por el cambio de régimen económico matrimonial y el acogimiento al de separación de bienes.

2. Determinación del carácter de la deuda.

En materia de responsabilidad de los cónyuges, la primera cuestión que hay que determinar perfectamente es si la deuda que se está ejecutando tiene naturaleza ganancial o privativa, es decir, si la misma se contrajo vigente la sociedad de gananciales y para atender alguno de los siguientes conceptos que se enumeran en el artículo 1362 del CC:

— El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

— Adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.

— Administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

— La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

La deuda que se reclama por la TGSS corresponde a impagos de las cotizaciones a la seguridad social que debió efectuar el espo-

so por la explotación de su taller de reparación de vehículos. Como se reclaman diversas anualidades habrá que diferenciar las que se devengaron antes y después del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en el que los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes. Vistas las mensualidades reclamadas, es evidente que los bienes gananciales responderán de una parte de la deuda y el resto tendrá la consideración de una deuda privativa del esposo, puesto que la deuda que contrajo el esposo en el período en que la sociedad de gananciales estaba disuelta pero no liquidada, tiene enteramente carácter privativo, puesto que ya no será de aplicación el art. 1362 del CC.

3. Responsabilidad de los bienes privativos y comunes.

Con carácter general, el régimen de responsabilidad de los bienes es el siguiente:

a) Responsabilidad en caso de no haberse liquidado aún la sociedad. En este supuesto, no existirá ningún tipo de problema, ya que todos los bienes comunes seguirán respondiendo de las deudas gananciales, y por lo que respecta a las deudas privativas de uno de los cónyuges, el acreedor podrá solicitar el embargo de la cuota abstracta perteneciente al cónyuge deudor.

b) Responsabilidad de los bienes en caso de haberse liquidado la sociedad de gananciales. En este supuesto, los bienes comunes han dejado de estar en indivisión y se han adjudicado, ya con el carácter privativo a cada uno de los cónyuges, por lo que será preciso determinar cómo responden estos bienes de las deudas. Conforme a lo establecido en el art. 1401 del CC “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”. Es decir, a pesar de que estos bienes consten ya como privativos de uno de los cónyuges, seguirán respondiendo de las

deudas que se generaron mientras estaba vigente la sociedad de gananciales. Lógicamente, si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro. En este sentido señala el Tribunal Supremo que *“la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los arts. 1399, 1403 y 1404 CC se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores 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 del CC), tal responsabilidad será “ultra vires” (SS 20 de marzo, 27 de octubre y 22 de diciembre de 1989), por lo que ha podido decirse que, con independencia de lo que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales (S 13 de junio de 1986)”*,

c) Responsabilidad de los bienes privativos adquiridos por cada uno de los cónyuges con posterioridad a la disolución. Existen dos supuestos en los que surge esta responsabilidad:

— Cuando no se haya hecho inventario y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden estos con los suyos propios.

— Cuando se acredite que ha existido una subrogación real de los bienes, es decir, que el bien adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad.

4. Análisis del caso concreto.

La TGSS embarga para el pago de todas estas deudas (privativas y gananciales) un inmueble que adquirió la esposa en el año 1987, es decir, cuatro años después de disolverse la sociedad de gananciales. Siguiendo el régimen de responsabilidad que hemos señalado anteriormente, dicho bien nunca podrá responder de las deudas anteriores, en primer lugar, porque aún no se han liquidado los bienes comunes con lo cual no podría haber confusión de patrimonios y en segundo lugar, porque no se ha acreditado que para la compra de este inmueble la esposa hubiese utilizado bienes gananciales.

Por tanto, la TGSS conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge no deudor, por lo que procede estimar la tercería de dominio y librar al inmueble de la traba.

En otro motivo de casación, considera la TGSS que las capitulaciones matrimoniales se otorgaron en fraude de ley, para sustraer el patrimonio conyugal de las responsabilidades que le afectaban, sin que en realidad se sustituyese el régimen de gananciales por el de separación de bienes, que fue citado a meros efectos formales y fraudulentos. Como señala el Tribunal Supremo *“la sentencia recurrida excluye la posibilidad del fraude al haberse adquirido la vivienda pasados más de 4 años desde las capitulaciones matrimoniales (agosto de 1983, octubre de 1987) y ser la traba muy posterior (1990), aparte de cuanto se ha dicho respecto al art. 1317 CC y la comunidad postmatrimonial sobre la masa de bienes gananciales, sin que la ordenante del embargo haya demostrado la carencia de otros bienes para hacer efectivo su crédito”*.

2.2. *Responsabilidad por deudas de uno de los cónyuges.*

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

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

A pesar de que la demanda se dirige contra el cónyuge no deudor, no existe falta de legitimación pasiva al estar bien constituida la relación jurídico procesal puesto que han sido llamados al pleito los que tienen interés y pueden ser afectados por la sentencia, ya que la condena contra el esposo o la mujer puede acarrear responsabilidad patrimonial no sólo sobre los bienes propios de cada cónyuge sino además sobre los de la sociedad de gananciales. Por imperativo del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario la demanda hay que dirigirla contra ambos cónyuges.

ANALISIS DEL CASO

- D. Juan Eugenio instó demanda de menor cuantía contra los esposos D. Rafael y D.^a Matilde en reclamación de 130.000.000 de ptas. más los intereses legales y que se declare que en caso de que la sentencia tenga que ser ejecutada por vía judicial, la condena se haga efectiva sobre los bienes propios de D. Rafael y en el supuesto de que no existan bienes propios de D. Rafael o que éstos sean insuficientes, la condena sea hecha efectiva sobre los bienes comunes de la sociedad conyugal.
- El Juzgado de Primera Instancia número nueve de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 12 de julio de 1994, estimando la demanda frente al demandado D. Rafael y condenándole al pago de la cantidad reclamada y desestimándola respecto de la otra demandada D.^a Matilde.
- La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 1996 revocando la sentencia y condenado también a la esposa al pago de la cantidad reclamada y declarando que en caso que la sentencia tenga que ejecutarse por vía judicial, la condena se hará efectiva: primero, sobre los bienes de D. Rafael y, segundo, en el supuesto que no existan bienes propios de D. Rafael o que estos sean insuficientes, la condena será hecha efectiva sobre los bienes de la sociedad conyugal.
- D. Rafael y D.^a Matilde interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Por la parte actora se pretende la ejecución de un documento de reconocimiento de deuda “en concepto de honorarios” y para ello demanda a ambos esposos, aunque en el citado documento únicamente intervino el esposo. D.^ª Matilde sostiene que existe una falta de legitimación pasiva puesto que ella no suscribió el documento, el Tribunal Supremo no acoge esta excepción por los siguientes motivos:

a) *No se está en presencia de un proceso donde sea exigible la legitimación inicial documentada y la demanda se formula por quien aparece como sujeto de una relación jurídica contra los que tienen interés y pueden ser afectados por la sentencia. En este sentido se ha demandado a D. Rafael y a D.^ª Matilde y ambos se personan y contestan a la demanda bajo la misma representación y dirección letrada;*

b) *La condena contra el esposo o la mujer, puede acarrear responsabilidad patrimonial no sólo sobre los bienes propios de*

cada cónyuge sino además sobre los de la sociedad de gananciales, conforme a la doctrina de los artículos 1362.2.º y 4.º, 1366, 1369 y 1373 del Código civil;

c) *Para que pueda hacerse efectivo el embargo de los bienes y, con ellos la deuda, el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario exige que la demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges o que sea notificado en el supuesto del artículo 1373 del Código civil, cuidando el precepto antes indicado de puntualizar que “basta”, sin que se excluya la posibilidad legal de demandar a los dos cónyuges”. La precisión de la condena (según el fallo, la condena se hará efectiva: primero, sobre los bienes de D. Rafael y, segundo, en el supuesto que no existan bienes propios de D. Rafael o que éstos sean insuficientes, la condena será hecha efectiva sobre los bienes de la sociedad conyugal) deja, además, a salvo los derechos de la demandada, aunque también hace posible el cumplimiento de las responsabilidades que le afectan.*

3. CAMBIO DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

3.1. *Cambio de régimen económico matrimonial. La inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil es requisito esencial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Sentencia de 10 de marzo de 1998.

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

La inscripción de la escritura de capitulaciones matrimoniales en el Registro civil, otorgada para convenir el régimen de separación de bienes, es un requisito esencial a efectos de hacer valer aquella separación de bienes frente a terceros de buena fe, sin que la publicidad del Registro de la Propiedad pueda subsanarla.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Rafael y D.^a Francisca estaban casados en régimen de gananciales y otorgaron capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes. Dichas capitulaciones no se inscribieron en el Registro Civil.
- Con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, y fruto de las relaciones comerciales D. Rafael contrajo una deuda con D. Johannes.
- Don Johannes interpuso demanda en reclamación de cantidad contra D.^a Francisca y los herederos de D. Rafael.
- Por el Juzgado se dictó S de 16 de febrero de 1993, estimando parcialmente la demanda interpuesta condenando a los demandados a abonar al actor la cantidad reclamada.
- Con fecha 29 de diciembre de 1993, se dictó sentencia en grado de apelación por la AP Málaga, Sec. 6.^a, confirmando la sentencia de instancia. Establece la Sala que, según el art. 1327 del CC en relación con el art. 1280.3, para su validez, las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones habrán de constar en escritura pública; de tal modo que, cuando no consten en ese documento público, son radicalmente nulas y no producen efecto alguno ni inter partes ni frente a terceros. Pero es que, además, el art. 1333 señala que en toda inscripción de matrimonio, en el Registro Civil, se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos y demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial; y el art. 1322 que correspondía al anterior en la redacción de la L 2 de mayo de 1975 mandaba que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se haría mención, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos modificativos. Las modificaciones del régimen económico matrimonial, realizadas constante matrimonio, no perjudicarán, en ningún caso, los derechos de terceros. Y aun admitiéndose el carácter facultativo de la indicación o mención en el Registro Civil, si se tiene en cuenta el contenido de los arts. 77 Ley de Registro Civil y 226 de su Reglamento, cabe deducir que los efectos de la indicación se limitan a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe.
- La demandada interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia analiza la eficacia frente a terceros de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura pública pero no inscritas en el Registro Civil y por ello el Tribunal Supremo indica que *“conviene reiterar, en atención a las dudas que suscita el sistema de publicidad adoptado por nuestra legislación, en beneficio de la seguridad del tráfico, para proteger a los terceros, frente a las modificaciones que se produzcan en el régimen económico matrimonial que, cuando no conste en el Registro civil, conforme con el art. 77 Ley de Registro Civil la alteración del régimen económico, habida respecto del matrimonio en cuestión, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo, las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico. Si falta esta publicidad del Registro civil o está en discordancia con lo que resulta de la ‘toma de razón’ en el Registro de la Propiedad cuando, como consecuencia del nuevo régimen económico matrimonial, las capitulaciones matrimoniales afecten a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrir, los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el Registro inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica. Mas ello no significa como parece pretender el recurrente, que los terceros, en general, estén concernidos y obligados, por la publicidad del registro inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro civil, que es, en definitiva, el que hace público para todos el régimen económico modificado”*. Aplicando esta doctrina al caso de autos, es evidente que el régimen de separación de bienes que pactaron los cónyuges no puede perjudicar al tercero que contrató con el esposo.

De acuerdo con lo anterior, los bienes comunes deberán responder de la deuda contraída por D. Rafael, puesto que para el tercero estaba vigente el régimen de gananciales. Ahora bien, teniendo en cuenta que este

último era comerciante y que la deuda se generó en el ejercicio de dicha actividad, tendremos que analizar esta circunstancia para precisar dicha responsabilidad. En este sentido se señala por el Tribunal Supremo que *“si bien es cierto que el art. 6 CCom. indica que en el caso de ejercicio del comercio por persona casada para que los bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, los arts. 7.º y 8.º presumen la existencia de consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge, que deba prestarlo, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro; y el art. 11 del mismo cuerpo legal señala que los actos de consentimiento, oposición y revocación, habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. De este modo la publicidad del art. 1333 se complementa con la publicidad del Registro Mercantil cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio, no siendo oponibles al acreedor del comerciante las capitulaciones no inscritas, si merece el calificativo de tercero de buena fe, buena fe que se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (art. 21.4 CCom.). De las normas expuestas se desprende, que siendo el marido comerciante, con consentimiento y sin oposición de la mujer, y habiéndose inscrito en el Registro Civil la modificación de las capitulaciones matrimoniales el 24 de mayo de 1989, es decir, con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y al fallecimiento del esposo, es claro que al pago de la misma están sujetos los bienes comunes, sin perjuicio de la responsabilidad que alcanza a los herederos”*.

Por último, la demandada considera que sus bienes privativos no deben responder de

la deuda, sin embargo para ello “se apoya en el equívoco de entender que son, ya bienes privativos los que se adjudicó la cónyuge en pago de su haber como consecuencia de la separación, cuando, en realidad, dados los términos de la controversia, los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad de gananciales que se disuelve y liquida”.

4. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

4.1. Plazo para solicitar la liquidación. Integración del activo de la sociedad.

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 2 de diciembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

A pesar de que los cónyuges estuviesen separados de hecho durante bastantes años, no existe ningún obstáculo para instar la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque no podrán incluirse en el activo los bienes adquiridos por cada uno de ellos durante la separación de hecho.

Si se pretende incluir en el activo de la sociedad de gananciales el valor actualizado de un bien por entender que constante la sociedad de gananciales fue enajenado ilegal o fraudulentamente por uno de los cónyuges, la carga de la prueba recae sobre la parte actora, por ser hecho constitutivo de su pretensión.

ANALISIS DEL CASO

- D.^a Pilar instó demanda de menor cuantía contra D. Juan sobre liquidación de la sociedad de gananciales, solicitando la declaración de ganancialidad de determinados bienes y la fijación de una asignación de alimentos por importe de 50.000 ptas. mensuales desde la interposición de la demanda hasta la liquidación del caudal inventariado, con imputación de lo recibido a frutos y rentas.
- El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó íntegramente la demanda en base a la falta de prueba respecto al carácter ganancial de los bienes a partir.

- En grado de apelación la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, estimando el recurso interpuesto por la esposa, revocó parcialmente la sentencia, determinando cuáles de los enumerados por la actora tenían carácter ganancial y fijando a la misma la cantidad de 20.000 ptas. en concepto de alimentos.
- D. Juan interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos cuestiones se suscitan en el presente recurso de casación, la primera se refiere a si existe plazo alguno para instar la liquidación de la sociedad de gananciales, y la segunda está relacionada con la integración en el activo de la sociedad del valor actualizado de una parcela que se vendió constante la sociedad de gananciales.

1. Plazo para instar la liquidación de la sociedad de gananciales.

Entiende el recurrente que la ex esposa ha actuado de mala fe exigiendo la liquidación de la sociedad de gananciales a los cuatro años de dictarse la sentencia de divorcio y trece años después de haber ocurrido la separación de hecho de los cónyuges, invocando las sentencias de esta Sala de 13 junio 1986 y 17 junio 1988. En este sentido señala el Tribunal Supremo que *“es cierto que la doctrina de esta Sala es la de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, pues de otro modo, es decir, reclamar los gananciales en tal situación iría contra la buena fe con manifiesto abuso de derecho (SS. 23 de diciembre de 1992 y las que cita), pero no lo es menos que ha de entenderse en el sentido de que no puede pretenderse que el activo de la sociedad de gananciales figuren los bienes que tendrían carácter ganancial si dicha sociedad hubiese funcionado, pero no priva del mismo a los bienes que lo tuvieron antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia.*

Tales bienes no dejan de ser gananciales como consecuencia de la separación fáctica”.

2. Integración en el activo de la sociedad de gananciales del valor actualizado de una parcela que se vendió constante la sociedad.

Con carácter previo, se analiza la alegación del recurrente en cuanto a la infracción del art. 359 de la LEC: las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. La sentencia dictada en este procedimiento declara que debe incluirse en el activo de la sociedad de gananciales la parcela de terreno que se especifica y que fue vendida *“salvo, dice textualmente el fallo, si prueba el demandado que la vendió con el consentimiento de la esposa”.* El recurrente estima y con razón, que con este pronunciamiento se deja en estado de indefinición un extremo discutido en la litis. El Tribunal Supremo señala al respecto que *“no es fácil encontrar una sentencia tan opuesta a los mandatos que para su confección contiene el art. 359 LECiv. Si la misma ha ordenado que se incluya en el inventario el contravalor de la parcela en virtud de lo dispuesto en el art. 1397.2.º del Código Civil es porque estaba segura de que la enajenación de la misma se había realizado ilegal o fraudulentamente. Pero esto es contradicho a*

continuación por la propia sentencia, con la salvedad que constituye el sustento de este motivo. Tal salvedad indica claramente que la Audiencia no está segura de aquella ilegalidad o fraudulentencia, por lo que no debió, en consecuencia hacer ninguna declaración sobre el particular, si en autos no se probó por quien lo afirmaba (la actora) que la venta de la parcela se ejecutó por el recurrente sin contar con su consentimiento expreso o tácito (art. 1214 CC). Por otra parte, la declaración de la Audiencia pugna con el principio general que presume siempre la buena fe en el obrar humano salvo prueba en contrario, porque presume que el recurrente obró ilegal o fraudulentamente, salvo que pruebe (precisamente él y no la parte contraria) que obró legalmente.

En fin, es completamente erróneo que se haga un pronunciamiento condenatorio en el fallo admitiendo en ejecución de sentencia su posible revocación mediante la reali-

zación de pruebas que inexcusablemente han de practicarse dentro del período que al efecto establece la ley. Los fallos se ejecutan, pero no pueden variarse ni modificarse en esa fase procesal, hasta el punto de que si así sucediese se casaría la resolución judicial (art. 1687.3.º LECiv)”.

Al estimarse el motivo de casación, el Tribunal Supremo anula parcialmente la sentencia recurrida y absuelve libremente al demandado de las peticiones de la demanda respecto a la inclusión en el activo del contravalor de la parcela de terreno que vendió antes de disolverse la sociedad de gananciales. Se fundamenta dicho procedimiento en base a no existir ninguna prueba en los autos de la que pueda obtenerse que la parcela discutida se vendió por el demandado sin consentimiento expreso o tácito de su ex esposa, teniendo en cuenta que sobre la actora recaía la carga de la prueba por ser hecho constitutivo de su pretensión.

4.2. Liquidación de gananciales. Intervención de terceros. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 1997.

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

La liquidación de la sociedad de gananciales debe tramitarse únicamente entre los que la componen, sin perjuicio de que, si hubiera derechos de terceras personas sobre los bienes de la sociedad que ahora se liquida, puedan los mismos dirigirse contra los antiguos cónyuges o contra el que a consecuencia de la liquidación resultare titular del bien concreto sobre el que recaigan los derechos de esos terceros, en reclamación de lo que crean corresponderles.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Angel instó contra su esposa D.ª Rosa procedimiento declarativo de menor cuantía sobre liquidación de sociedad de gananciales.

- Con fecha 14 de marzo de 1992, el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 16 de los de Barcelona, dictó sentencia estimando en parte la demanda y liquidando la sociedad de gananciales acordó adjudicar en propiedad a cada uno de los cónyuges una serie de bienes, debiendo satisfacer el actor la totalidad de la hipoteca que pende sobre un inmueble y cumplimentada esta obligación y cancelada la hipoteca, procederán ambas partes al otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas en favor de la contraparte y a realizar todos los actos tendentes a la consecuencia perseguida por la presente resolución y que otorguen la propiedad de las precitadas fincas a las partes.
- Contra dicha sentencia la esposa interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, dictándose sentencia por la Sec. 13.^a con fecha 28 de septiembre de 1.993, por la que se confirmaba íntegramente la sentencia de instancia.
- La esposa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo alegado por la recurrente en casación está referido a la falta de litisconsorcio pasivo necesario o infracción del principio de que no puede decidirse cuestión en pleito en el que no se hallen presentes todos los que puedan resultar afectados, aludiendo a la existencia de terceros que tienen intereses en determinados bienes que integran el activo de la sociedad. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que *“resulta incuestionable la procedencia de la liquidación instada con sede en el art. 1342.1 CC, al haberse disuelto el matrimonio por divorcio, según se acredita en el Registro Civil, y no estorba la excepción de litisconsorcio pasivo necesario invocada por la demandada porque no hayan sido llamadas al proceso personas a quienes la resolución les puede afectar, puesto que no forman parte de la sociedad que se pretende liquidar y no puede perturbar a la división de la cosa en común la mera alegación de derecho de copropiedad no justificado frente a la titularidad de la sociedad ganancial que se pretende liquidar, sin perjuicio de que les sean satisfechos sus derechos de crédito y, en su defecto, ejerciten*

las acciones que corresponda. (F.J. 1.^o de la resolución recurrida).

El motivo debe ser desestimado, por las razones acertadamente expuestas en la resolución recurrida, especialmente si tenemos en cuenta que la acción ventilada en esta litis no es otra que la de división de cosa común, concretamente la de división y liquidación de una sociedad legal de bienes gananciales formada a consecuencia del anteriormente existente matrimonio entre actor y demandada, acción esta que debe tramitarse únicamente entre los que la componen, sin perjuicio de que, si hubiera derechos de terceras personas sobre los bienes de la sociedad que ahora se liquida, puedan los mismos dirigirse contra los antiguos cónyuges o contra el que a consecuencia de la liquidación resultare titular del bien concreto sobre el que recaigan los derechos de esos terceros, en reclamación de lo que crean corresponderles, pero sin que sea preciso llamar a la liquidación de la sociedad de gananciales a dichos terceros ajenos a la misma”.

4.3. *Carácter ganancial o privativo de las cuentas corrientes. Derecho de reintegro. Presunción de ganancialidad.*

**Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.**

La circunstancia de que existiese una cuenta bancaria a nombre del esposo y del padre de éste no supone que la mitad de los saldos pertenezcan al esposo.

Acreditado que la esposa enajenó un inmueble de carácter privativo, procede reintegrarle en el momento de la liquidación de las cantidades que destinó a atender los pagos y gastos a cargo de la sociedad de gananciales.

No vincula, con la categoría de actos propios, el hecho de que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que compran para su sociedad conyugal. Si se acreditó la procedencia privativa de parte del dinero invertido en su adquisición, tendrá carácter privativo en dicho porcentaje.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Francisco-Javier formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre extinción y liquidación de sociedad legal de gananciales solicitando la declaración del carácter ganancial de determinados bienes. La esposa demandada, se opuso a la demanda por entender que los bienes tenían carácter privativo, formulando al mismo tiempo reconvencción y solicitando la inclusión en el activo del 50% del saldo existente en una cuenta abierta a nombre del esposo y del padre de éste.
- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 18 de octubre de 1991, acogiendo la excepción de inadecuación de procedimiento, absolvió de la demanda a la demandada y al actor de la reconvencción.
- En grado de apelación, la Audiencia, estimando los recursos interpuestos por actor y demandada, dictó Sentencia el 30-VI-1993 estimando parcialmente la demanda y la reconvencción.
- Actor y demandada interpusieron sendos recursos de casación. El TS desestima el recurso interpuesto por don Francisco Javier y estima el interpuesto por doña María Concepción.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Iniciada la liquidación de la sociedad de gananciales surgieron discrepancias entre los cónyuges respecto a la inclusión de determinados bienes y deudas en el activo y pasivo de la sociedad. Analicemos separadamente las cuestiones controvertidas:

1. Carácter ganancial o privativo de las cuentas corrientes.

La esposa sostiene que las cantidades que figuraban en una cuenta corriente a nombre de su esposo y del padre de éste tienen carácter ganancial y por tanto en el activo de la sociedad debió incluirse el 50% de las mismas. La sentencia de la Audiencia Provincial entendió que los saldos eran de la exclusiva propiedad del padre, sentando como hecho probado que, tras analizar partida por partida, los saldos no provenían de ingresos realizados por el marido, vigente el matrimonio (art. 1394.1.º del Código Civil). El Tribunal Supremo señala al respecto que *“como ha declarado esta Sala reiteradamente (SS. 6 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995 y 7 de junio de 1996), las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que median entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares”*.

2. Reintegro a favor de uno de los cónyuges por inversión de bienes privativos en bienes de carácter ganancial.

La esposa recurre la sentencia de la Audiencia, ya que ésta no reconoció que efec-

tuó aportaciones dinerarias de carácter privativo al acervo ganancial, que le deben ser reembolsadas. El Tribunal Supremo estima el motivo y acuerda la inclusión en el pasivo de la sociedad de 750.000 ptas. que deben reintegrarse a la esposa: *“La sentencia en recurso sólo tuvo en cuenta que en la compra del apartamento de Benidorm, cuyo precio real fue el de tres millones de pesetas, la recurrente invirtió dos millones de pesetas de su propiedad particular, procedentes de la venta de un local sito en la calle Tudela de Valladolid. No obstante ello no resulta congruente y omite que en el documento de venta de dicho inmueble, que lleva fecha de 8 de mayo de 1981 (la escritura de adquisición del apartamento se otorgó al día siguiente), figura como precio la cantidad de 2.750.000, de los que se abonaron en el acto los dos millones de pesetas y aplazado el resto de 750.000 ptas. a medio de letras aceptadas. Esta última cantidad que la sentencia declara integrada en el precio de venta, no se demostró que la retuviera y mantuviera la recurrente, o la hubiere aplicado a su beneficio exclusivo, sino que en línea de racionalidad y lógica media, y a falta de prueba, cuya carga correspondía al marido, ha de declararse que fue destinada a atender los pagos y gastos a cargo de la sociedad ganancial, en el ámbito de los artículos 1362 y concordantes del Código Civil, dada su imperatividad. Por falta de prueba adecuada, tanto respecto al pago como al percibo directo y efectivo por la recurrente del precio de las demás enajenaciones de bienes de su propiedad, entre ellas el inmueble sito en la calle Sevilla de Valladolid, la sentencia recurrida no admite que sus importes se hubieran invertido en la adquisición de propiedades inmobiliarias gananciales, ni en qué se emplearon o dónde se ingresaron, por lo que no puede declararse que la actora hubiera hecho aplicación a satisfacer gastos y pagos de cuenta de la sociedad ganancial. Lo que se deja expuesto determina la procedencia*

del artículo 1364 del Código Civil y declarar el derecho que asiste a la recurrente de ser reintegrada en el referido exceso de 750.000 ptas., toda vez que el precepto establece un régimen general de reintegros que opera proyectado a la responsabilidad definitiva de la masa ganancial, que ha de cubrir este tipo de anticipos, en las operaciones liquidatorias del haber patrimonial común”.

3. **Carácter ganancial de un bien inmueble.**

El esposo sostiene que el apartamento sito en Benidorm tiene carácter ganancial en su totalidad, puesto que fue adquirido en escritura pública constante el matrimonio. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo considera así: “ *La presunción de ganancialidad de los bienes que adquieran los cónyuges, constante su matrimonio, cabe ser destruida por prueba en contrario y para que dicha presunción ‘iuris tantum’ tenga aplicación (SS. 20 de noviembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 18 de julio de 1994, 20 de junio de 1995 y 2 de julio de 1996, y proceda ser desplazada por la privatividad, requiere prueba expresa y cumplida, no bastando la indiciaria, lo que aquí ha concurrido, conforme queda explicitado en el recurso anterior y hace decaer el motivo.*

Es doctrina constante y reiterada de esta Sala de Casación Civil que no es procedente hacer supuesto de la cuestión en este recurso extraordinario, pues su propia naturaleza y el mandato de la Ley impide efectuar una revisión valorativa de las pruebas que acce-

den firmes y no han sido combatidas en debida forma, que es lo que se lleva a cabo en el motivo. No vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula, o confesión extrajudicial, de que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que ‘compran para su sociedad conyugal’ (Sentencia de 8 de marzo de 1996). La presunción referida se aplica no sólo en las relaciones con terceros, sino también entre ambos cónyuges (Sentencia de 24 de julio de 1996), como es el caso de autos.

El esposo intenta justificar el carácter ganancial, por la circunstancia de que en la compra de otros inmuebles la inscripción en el Registro se hizo con carácter exclusivamente privativo de esposa, cosa que no se hizo en los inmuebles discutidos. El Tribunal Supremo tampoco estima este motivo puesto que “*El art. 1355 del CC no se presenta como una excepción y menos imperativa, sino que es reflejo de la autonomía privada, ya que la voluntad negocial que contiene se refiere a que proceda de la común de los esposos, como manifestación bien patente de reglas de libertad, que producen eficacia en cada acto concreto y no cabe extrapolarlas a otros en las que los cónyuges se expresan de forma distinta.*

La presunción que el último párrafo del precepto establece, al reputar gananciales los bienes que se adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas, es de naturaleza ‘iuris tantum’, y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes, como aquí ha sucedido y queda estudiado”.

4.4. *Calificación de bienes: Eficacia jurídica del convenio regulador de separación suscrito por los cónyuges en documento privado y no aprobado judicialmente.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 27 de enero de 1998.

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

No hay obstáculo a la validez de un convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente en el proceso de separación, puesto que como negocio jurídico concurrió el consentimiento, el objeto y la causa. La falta de aprobación judicial únicamente le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero esta circunstancia no le hace perder su eficacia como negocio jurídico.

La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges. Rota la convivencia con el consentimiento de ambos cónyuges, no cabe que se reclamen derechos sobre unos inmuebles a cuya adquisición no contribuyó uno de ellos, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho.

ANÁLISIS DEL CASO

- Los cónyuges suscribieron un convenio regulador de separación en documento privado. Con posterioridad al mismo y antes de dictarse sentencia de separación matrimonial, el esposo adquirió una vivienda con el trastero y garaje anexos.
- La esposa presentó contra el esposo demanda de menor cuantía para que se declarase que la vivienda adquirida por los litigantes en documento privado constante el matrimonio e inscrita a nombre de un tercero, tiene carácter ganancial.
- Con fecha 17 de septiembre de 1992, se dictó sentencia por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Madrid estimando íntegramente la demanda y declarando el carácter ganancial del inmueble con imposición de las costas al demandado.
- Con fecha 23 de septiembre de 1993, la sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto, desestimando la demanda presentada e imponiendo las costas de primera

instancia a la parte actora, sin hacer expresa imposición de las causas en apelación.

- La esposa recurre en casación la sentencia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto, condenando a la recurrente al pago de las costas causadas en el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En los artículos 1392 y 1393 del Código Civil se establecen las causas de disolución de la sociedad de gananciales, y concretamente en el núm. 3.º del último de estos preceptos se señala que concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, cuando lleven separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. Sin embargo, en el presente caso a pesar de que existe una separación de hecho entre los cónyuges, no se ha dictado resolución judicial alguna que declare disuelta la sociedad de gananciales, y precisamente por esta circunstancia entiende la esposa que está vigente la misma y por tanto, tiene carácter ganancial la vivienda adquirida por el marido antes de dictarse la sentencia de separación, ya que el documento privado en el que los cónyuges pactaron la separación de hecho no equivale a unas capitulaciones matrimoniales. Analicemos separadamente cada uno de estos argumentos:

1. Validez y eficacia del convenio regulador de la separación de hecho otorgado por los cónyuges en documento privado.

La esposa sostiene que en ningún momento se han otorgado capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico matrimonial, puesto que el convenio regulador se hizo en documento privado y no en documento público tal y como exige el art. 1327 del CC —para su validez, las capi-

tulaciones habrán de constar en escritura pública—, por lo que dicho documento carece de eficacia, máxime cuando no ha sido aprobado judicialmente. Ciertamente, como señala el Tribunal Supremo “*la cuestión jurídica que se plantea y resuelve por la Sala de instancia no es la referente a la validez de unas capitulaciones matrimoniales que hubieran establecido el régimen de separación de bienes, por medio de documento privado, constante matrimonio, sino el de la eficacia jurídica de un convenio regulador de la separación de los cónyuges, formalizado por documento privado en el que se pacta, entre otros extremos, el régimen económico de separación de bienes, antecedente a la posterior tramitación de la separación judicial*”. Con cita de la STS de 22 de abril de 1997 se indica que “*no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo 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. En suma, salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos inter partes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad*”.

2. Carácter ganancial o privativo de los bienes adquiridos por los cónyuges durante la separación de hecho.

Esta es realmente la cuestión principal que hay que decidir, si la adquisición del bien, ocurrida durante el período de separación de hecho, después de la suscripción del expresado documento privado y antes de iniciarse el proceso de separación matrimonial, determina, sin más, el carácter ganancial del bien o permite considerarlo como privativo del cónyuge que lo adquirió. En este sentido señala el Tribunal Supremo que “*esta Sala ha sostenido (S TS 17 de junio de 1988), con doctrina reiterada que confirmamos, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges (S TS 13 de junio de 1986). Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (S TS 26 de noviembre de 1987).*”

Así pues, no es el convenio sino la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostra-

da o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. Obviamente la separación no afecta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto existente, durante toda la convivencia, pues como razona la S 18 de noviembre de 1997, «si es cierto que la doctrina de esta Sala es la de que ‘la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales’, pues de otro modo, ‘reclamar los gananciales en tal situación iría contra la buena fe con manifiesto abuso de derecho’ (S 23 de diciembre de 1992 y la que cita), no lo es menos que ha de entenderse en el sentido de que no puede pretenderse que en el activo de la sociedad de gananciales figuren los bienes que tendrían carácter ganancial si dicha sociedad hubiese funcionado, pero no priva del mismo a los bienes que lo tuvieron antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia». Tales bienes no dejan de ser gananciales como consecuencia de la separación fáctica”.

En conclusión, no puede confundirse en relación con la separación de hecho, lo que es la disolución formal de la sociedad de gananciales, acordada judicialmente y la consiguiente apertura de su liquidación, con la desaparición de la causa generadora de la sociedad, fundada en la convivencia matrimonial que impide, en las condiciones ya indicadas, el acrecentamiento de los bienes gananciales a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados.

4.5. *Liquidación de gananciales. Atribución en propiedad al esposo del inmueble indivisible y compensación económica a la esposa.*

Tribunal Supremo. Sala 1.^a, Sentencia de 16 de febrero de 1998.

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

Al liquidar los bienes gananciales hay que procurar una igualdad cualitativa siempre que sea posible, pero si el bien es indivisible o desmerece mucho con su partición, procede la adjudicación a uno de los cónyuges con compensación al otro, primando en esta adjudicación los actos propios de las partes.

ANALISIS DEL CASO

- Los cónyuges D. Enrique y D.^a M.^a del Pilar, contrajeron matrimonio el día 5 de noviembre de 1967, rigiéndose el mismo por el régimen de gananciales. Por haberle sido donada por sus padres, el esposo era propietario exclusivo de una parcela sobre la que, en estado de casado, se construyó la vivienda familiar.
- En 10 de diciembre de 1988, cuando los cónyuges se hallaban en trámite de separación, se redactó una propuesta de convenio regulador firmada exclusivamente por la esposa, en la que se acordaba adjudicar al esposo el pleno dominio de la vivienda unifamiliar, con las correspondientes compensaciones económicas a la esposa.
- Con fecha 7 de julio de 1989 se dictó sentencia de separación y en trámites de ejecución, el esposo solicitó la liquidación de gananciales, donde hubo que nombrar tres contadores partidores, proponiendo el contador dirimente las siguientes adjudicaciones: a) A la esposa: Los bienes muebles que tiene en su poder, el importe del rescate de la póliza, y por un exceso de adjudicación del esposo, una compensación por importe de 2.631.574 ptas. b) Al esposo, los bienes muebles que tiene en su poder y la vivienda unifamiliar. La esposa se opuso al anterior cuaderno particional, y no existiendo conformidad en la junta posterior, se dictó resolución remitiendo a las partes al juicio ordinario que por su cuantía correspondiera.
- D.^a M.^a del Pilar presentó demanda de menor cuantía, solicitando la práctica de una nueva partición en la que se le adjudique expresamente la propiedad del que es domicilio familiar, ejecutándose a tal efecto la correspondiente división del inmueble en propiedad horizontal.

- La sentencia de 1.^a Instancia, después de mantener subsistente la atribución al esposo de la titularidad dominical de la vivienda unifamiliar litigiosa, razonó que procedía mantener a la esposa en el uso del piso y de la buhardilla de la vivienda hasta determinada fecha.
- La sección 3.^a de la AP Pontevedra dictó sentencia por la que, revocando parcialmente la de 1.^a Instancia, acordó modificar las operaciones de liquidación, incluyendo en el activo 2.000.000 de ptas. que estaban en poder de la esposa y elevando a 2.692.500 ptas. la compensación a recibir a cargo de su esposo. Por otro lado, y en lo que se refiere a la atribución del uso que condecía la sentencia de instancia, es revocada al referirse esta atribución a cuestiones ajenas al contenido estricto de la litis, cuyo único objetivo es la impugnación de una partición y que nada tiene que ver con el uso o disfrute de la vivienda familiar y su duración, lo que debe decidirse por separado en otro procedimiento.
- El razonamiento que se utiliza para adjudicar al esposo la vivienda, es el siguiente: “Como la vivienda familiar fue sin duda construida antes de entrar a regir la L 11/1981 de 13 de mayo, la norma aplicable para determinar el carácter privativo o ganancial de tal vivienda es la del art. 1404.2 CC en su antigua redacción y no la del art. 1359, en la redacción actual que le dio la mencionada Ley. Por tanto según aquella norma, la vivienda con su solar (pese a ser éste en principio privativo del esposo) constituye un bien ganancial, sin perjuicio de que el esposo tenga derecho a ser indemnizado del valor del solar. En consecuencia no había obstáculo jurídico para proceder a la división material de la casa, como bien ganancial que es; pero, pese a ello, tanto por la reiterada voluntad de la esposa de asignar al marido la totalidad de la edificación (voluntad que sólo cambia a última hora), por carecer aquélla de dinero para abonar el valor del suelo, como por los inconvenientes de una material división de la casa, que incidiría muy negativamente en el valor total de la finca (terreno y edificaciones), debe acogerse el criterio del contador dirimente y del juzgador de instancia, que adjudican al marido toda la finca”.
- La esposa interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La liquidación de la sociedad de gananciales es el auténtico punto negro del procedimiento matrimonial, y como claro ejemplo de ello tenemos el presente caso, en el que los cónyuges iniciaron los trámites de sepa-

ración en diciembre de 1988 y ahora, después de diez años de pleitos, se acuerda la liquidación. La cuestión controvertida es sin duda la adjudicación de la vivienda unifamiliar a uno de los cónyuges, puesto que no

existen otros bienes que permitan las oportunas compensaciones. Tres son las cuestiones que en relación con la misma se plantearon en el recurso:

1. División de la vivienda unifamiliar en dos nuevas viviendas.

Por la esposa se solicitaba que, teniendo que guardarse en la partición la igualdad en los lotes, el inmueble debería dividirse en dos viviendas independientes y adjudicarse a ella el piso y la buhardilla, y a su esposo el bajo. Sin embargo dicha tesis no puede prosperar, ya que como señala el Tribunal Supremo “*La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el art. 1061 CC ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad sea posible*”, como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el art. 1062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. En el presente supuesto, la vivienda litigiosa, además de ser de reducidas dimensiones (ocupa solamente una superficie de noventa metros cuadrados de solar y consta únicamente de bajo y un piso), está construida para servir exclusivamente de vivienda unifamiliar (en la totalidad de sus dos referidas plantas solamente dispone de una cocina, un comedor, cuatro dormitorios y un cuarto de baño), por lo que su división en dos viviendas independientes (una, el piso; y otra, el bajo), en régimen de propiedad horizontal, como ahora pretende la recurrente, es prácticamente inviable en las referidas condiciones arquitectónicas de dicho inmueble, lo que justifica plenamente que la sentencia aquí recurrida, como antes la de primera instancia, haya considerado ajusta-

da a Derecho la adjudicación que el contador dirimente ha hecho de la titularidad dominical al esposo (sin que, además, haya sido reconocido crédito alguno en favor de éste por el suelo en el que está construida la expresada vivienda, que era privativo suyo), con la correspondiente compensación económica en favor de la esposa”.

2. A qué cónyuge procedería adjudicar la vivienda.

Lógicamente la esposa, no está de acuerdo en esta adjudicación al esposo cuando ella también solicitó su adjudicación en propiedad. ¿Qué ha llevado al contador dirimente a adjudicar la vivienda al esposo y a la Sala a ratificar esta adjudicación? Para razonar jurídicamente esta adjudicación el Tribunal Supremo recurre a la doctrina de los actos propios y proclama que “*el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior.*

Con base en la expresada doctrina jurisprudencial, el presente motivo ha de ser desestimado, ya que la esposa, aquí recurrente, durante la sustanciación de la pieza separada de liquidación de la sociedad de gananciales, vino postulando reiteradamente que la vivienda unifamiliar fuera adjudicada a su esposo y a ella se le hiciera la correspondiente compensación económica, con base en lo cual, incluso, su propio Contador par-

tidor, por ella designado, redactó su primera propuesta de liquidación, sin que su muy posterior cambio de criterio pueda ser tomado ahora en consideración, pues ello contradice no sólo la expresada doctrina jurisprudencial, sino el más elemental principio de seriedad que han de presidir las relaciones humanas responsables, en general, y las jurídicas, en particular”.

3. Atribución del uso y disfrute de la vivienda a la esposa.

Como en la sentencia de instancia, aunque luego fue revocado por la Audiencia, se acordó que la esposa podría continuar en el uso y disfrute del piso primero y de la buhardilla hasta una determinada fecha, la recurrente vuelve a intentar ante el Tribunal Supremo que se le atribuya dicho uso. Sin embargo, éste es claro al indicar que “*en el proceso a que este recurso se refiere no se ha debatido absolutamente nada que haga referencia a si la esposa debe o no continuar en*

el uso del piso de la vivienda unifamiliar, respecto de lo cual habrá de estarse a lo resuelto en la sentencia que decretó la separación de los esposos o a las modificaciones que posteriormente puedan acordarse respecto de las medidas ya acordadas”.

Por último, también hay que hacer referencia al hecho de haberse incluido en el activo la cantidad de 2.000.000 de ptas., cuando, como sostiene la esposa, de dicha cantidad se dispuso antes de que se disolviese la sociedad de gananciales. Sin embargo, la inclusión resulta procedente habida cuenta que la esposa extrajo de la cuenta corriente (abierta a nombre de los dos esposos y de naturaleza ganancial) la cantidad de 2.000.000 de ptas., que luego procedió a invertir en una póliza de capital asegurado que al final rescató apropiándose para sí dicha cantidad, por lo que la misma ha de ser incluida en el activo de la sociedad e imputada a su haber, en cuanto ya cobrada o percibida por la misma.

4.6. *Liquidación de gananciales. Carácter mixto del inmueble adquirido antes de contraer matrimonio y abonado en parte constante el mismo.*

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

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

El carácter de vivienda familiar permite de acuerdo con el art. 1357.2 CC, la aplicación del art. 1354 CC, en cuanto que los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponden “pro indiviso” a la sociedad de gananciales en proporción al valor de las adquisiciones respectivas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Pedro María interpuso contra D.^a Juana, demanda de menor cuantía para que se declarase que los únicos bienes que constituyen el activo de la socie-

dad de gananciales son la vivienda A, así como el mobiliario y ajuar existente en la misma en el momento de la declaración de la separación valorado en cuatrocientas mil pesetas, que no existe pasivo y que se proceda a la venta en pública subasta de los bienes repartiéndose el producto que se obtenga al 50% entre los partícipes. Subsidiariamente en caso de que la demandada lo solicitare se le adjudique el pleno dominio de los bienes haciendo pago al actor de la cantidad de siete millones doscientas mil pesetas como pago de su mitad de gananciales.

- D.^a Juana contestó a la demanda, solicitando que se declarase que el activo de la sociedad está compuesto por la 46,88 % parte indivisa de la vivienda B, de la 39,40 % parte indivisa de la vivienda A, el ajuar doméstico existente en ambas viviendas y cuatrocientas mil pesetas, proponiendo dos lotes para efectuar las correspondientes adjudicaciones. Subsidiariamente de no considerar como ganancial la vivienda B, se declarase que D. Pedro María, es deudor de la sociedad de gananciales por el aumento de valor del piso como consecuencia de las mejoras practicadas por cuenta de la sociedad de gananciales.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián, dictó sentencia con fecha 26 de abril de 1993, desestimando la demanda formulada y estimando la reconvencción, declaró que el activo de la sociedad era el señalado por D.^a Juana, y adjudicó los lotes de la manera que también propuso la misma.
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 7 de diciembre de 1993, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D. Pedro María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los temas abordados en la presente sentencia están relacionados con la calificación ganancial o privativa de determinados bienes, lo que supondrá su inclusión o exclusión del activo de la sociedad de gananciales. Analicemos separadamente cada uno de los mismos:

1. Vivienda “A”.

La parte actora considera que esta vivienda tiene carácter ganancial en su totalidad, mientras que la parte demandada sostiene

que únicamente tiene carácter ganancial el 39,40 % de la misma, ya que la parte restante es privativa de la esposa.

Como datos probados en relación con esta vivienda se establecen los siguientes:

a) Su precio fue de ochocientos cincuenta mil pesetas (850.000).

b) Las hermanas de la demandada prestaron la suma de setecientos veinticuatro mil doscientas noventa y dos pesetas (724.292) suma compuesta de seiscientos cincuenta mil pesetas (650.000) para el piso, cincuenta

mil pesetas (50.000) para escrituras y veinticuatro mil doscientas noventa y dos pesetas (24.292) para muebles (testifical de dichas hermanas en relación con la confesión del actor y reconocimiento del mismo actor, en el juicio de separación.

c) Tales cantidades fueron devueltas con dinero privativo de la esposa, por el justiprecio correspondiente a la expropiación del Caserío, en que la demandada tenía una participación indivisa de 1/9, constando acreditado al menos el pago de quinientas quince mil pesetas (515.000). De lo que se infiere que fue pagado con dinero en parte ganancial y en parte privativo, respectivamente, trescientas treinta y cinco mil pesetas (335.000), quinientas quince mil pesetas (515.000), lo que representa un treinta y nueve con cuarenta por ciento (39,40%) —ganancial— y un sesenta con sesenta por ciento (60,60%) —privativo de la esposa—.

Ante esto señala el Tribunal Supremo que *“Obviamente, con estas premisas, no cabe que se sostenga, sin incurrir en el vicio argumentativo de hacer supuesto de la cuestión que el bien es ganancial o que se presume ganancial”*.

2. Vivienda “B”.

La inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de esta vivienda fue pedida por la parte demandada en su demanda reconvenicional. En relación a ella y con carácter previo, hay que analizar la alegación de prescripción de la acción efectuada por el actor al contestar a la reconvenición fundamentada en que dicha vivienda se adquirió por el actor en estado de soltero el 23 de octubre de 1993 por lo que entiende que, habiendo transcurrido quince años desde dicha inscripción, será de aplicación el plazo de prescripción del art. 1964 del CC. El recurrente sostiene la incongruencia de la sentencia al no haberse pronunciado sobre esta cuestión, señalando el Tribunal Supremo al respecto que *“la sentencia de segunda instancia al confirmar la de primera instancia*

estima la demanda reconvenicional, con lo que da respuesta negativa, pero coherente, a la petición del actor reconvenido y recurrente que solicitó la desestimación íntegra de los pedimentos reconvenionales. En la fundamentación jurídica, además, se aprecia que la sentencia tiene en cuenta que la vivienda cuestionada en este punto fue adquirida en estado de soltero, aunque por las razones que expresa, fija su condición de bien mixto, perfectamente asumible por las disposiciones legales, sin que, con los razonamientos de apoyo quepan dudas sobre el rechazo implícito de cualquier posibilidad de prescripción. De acuerdo con lo expuesto, procede desestimar el motivo, dado que según la jurisprudencia de esta Sala el principio de congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil veda a los Tribunales, bajo sanción de nulidad, conocer o decidir cuestiones que no figuren en los suplicios de los escritos rectores del procedimiento; o, dicho, de otro modo, el principio de congruencia obliga a que entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes durante la fase expositiva del pleito —demanda y contestación— exista la máxima concordancia y correlatividad, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejercitado, sin que sea lícito al Tribunal modificar o alterar la causa de pedir, o sustituir las cuestiones debatidas por otras (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994, entre otras). Pero, además, también, la jurisprudencia establece “que el rechazo de las excepciones alegadas por los demandantes no es preceptivo que sea expreso, cuando del tenor de lo acordado se desprende su desestimación (que es lo que ocurre en el presente asunto) sin que por no explicitarlo se incurra en incongruencia (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993)”.

Entrando ya en el análisis del carácter ganancial o privativo de dicha vivienda consta, según la sentencia recurrida que:

— Fue adquirido por el actor en estado de soltero.

— La demandada contribuyó con veinticinco mil pesetas (25.000) para el precio total (testifical al folio 157 en relación con el documento número cinco de la contestación).

— Los hermanos del actor aportaron en concepto de préstamo las sumas de sesenta mil pesetas (60.000) y quince mil (15.000), devueltas tras el matrimonio.

— El precio total de compra fue de ciento sesenta mil pesetas (160.000).

Al tener dicho inmueble el carácter de vivienda familiar, cuestión que no se ha discutido, de acuerdo con el artículo 1354 del CC “Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán por indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”. Por tanto, y como señala el Tribunal Supremo “su condición es

mixta: la demandada pagó veinticinco mil pesetas (25.000) —lo que supone el quince con sesenta y dos por ciento (15,62%)—, con cargo a fondo ganancial se devolvieron las setenta y cinco mil pesetas (75.000) prestadas por los hermanos del actor —supone un cuarenta y seis con ochenta y ocho por ciento (46,88%)— y el resto, lo pagó el actor —treinta y siete con cinco por ciento (37,5%)”.

3. Dinero en metálico existente en la Caja “L”.

También discute el recurrente que el dinero en metálico por importe de 400.000 ptas. tenga carácter ganancial, sin embargo el Tribunal Supremo sí lo considera como tal “conforme al reconocimiento efectuado por el actor en ejecución de sentencia de separación, según comparecencia acreditada por testimonio, acto propio que causó estado definiendo inalterablemente la posición de su autor, y según la certificación de la referida entidad obrante en las actuaciones en el sentido de que las imposiciones fueron canceladas por el actor y “abonadas” en la cuenta de D. Miguel”.

4.7. Liquidación de gananciales. Atribución de uso de la vivienda familiar.

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

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

La adjudicación del uso del domicilio familiar a la esposa, de la que no se le puede privar mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 2 de abril de 1985, se dictó sentencia de separación en la que entre otros pronunciamientos se atribuía el uso de la vivienda familia a la

esposa. Con fecha 4 de octubre de 1991, se dictó sentencia de divorcio manteniéndose la atribución del uso a favor de la esposa.

- D. Julián presentó demanda de menor cuantía solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales conforme a la propuesta que presentaba. La parte demandada, D.^a Soledad, se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando la liquidación conforme a su propuesta.
- El juzgado de 1.^a Instancia núm. 24 de Madrid, dictó Sentencia el 19 de enero de 1995, estimando parcialmente la demanda, declarando las partidas que integraban el activo y el pasivo de la sociedad, y acordando realizar las adjudicaciones en ejecución de sentencia conforme a las bases que en la misma establecía.
- La demandada interpuso recurso de apelación, y la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 27 de febrero de 1996, confirmó la dictada en instancia.
- La demandada interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos alegados por el recurrente respecto a una nueva valoración de la prueba y a la impugnación de la valoración del inmueble que se efectúa en autos, que son desestimados por el Tribunal Supremo en aplicación de la reiterada doctrina de que estas cuestiones no son materia de casación, el objeto del recurso se centra en la alegación de la recurrente respecto a que no se ha tenido en cuenta en el momento de partir, que del piso cuyo usufructo se le adjudicó, había que descontar su importe porque ya lo tenía adjudicado por la resolución judicial. Es decir, pretende la recurrente que se

capitalice el usufructo y su importe se descuente del valor que se ha dado al inmueble. El Tribunal Supremo es concluyente al señalar: *“vacua alegación para cuyo rechazo baste recordar que la adjudicación del uso, de la que no se le puede privar mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir, es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso, cabe hablar de derecho de usufructo, aunque alguna escasa sentencia de esta Sala ha apreciado a la atribución alguna forma de derecho real”*.

V. PATRIA POTESTAD

1. *Privación de la patria potestad al padre incumplidor de sus deberes.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 5 de marzo de 1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Procede privar de la patria potestad al padre que no se ocupó de su hija desde el nacimiento, que sin constar oposición de la madre nunca la ha visitado y que sólo ha abonado algunas pensiones alimenticias tras el correspondiente mandato judicial.

ANALISIS DEL CASO

- D.ª María y D. Angel convivieron *more uxorio* hasta el año 1988, fruto del cual nació una hija llamada Vanesa.
- En el año 1992, D.ª María presentó demanda de menor cuantía contra D. Angel en solicitud de que se privase al demandado de la patria potestad sobre Vanesa, basando su petición en el incumplimiento por el demandado de los deberes inherentes a la misma.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Zaragoza estimó íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, declarando haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por el demandado, le privó sólo parcialmente de la patria potestad de su hija, confiando la guarda y custodia de la misma, así como su educación, a la madre D.ª María.
- D.ª María interpone recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala el art. 170 del Código Civil que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial” y con base en este precepto sostiene la recurrente que procede la privación de la patria potestad del padre respecto a su hija Vanesa, puesto que éste ha incumplido los deberes inherentes a la misma desde su nacimiento.

La Audiencia Provincial, no estima procedente la privación total de la patria potestad, puesto que a pesar de reconocer que el padre ha incumplido sus deberes —a pesar de haber satisfecho alimentos en algunas épocas— la misma no resulta beneficiosa para la menor.

La recurrente entiende que el padre ha hecho clara dejación de sus deberes, jamás se preocupó o veló por la situación de la niña y desde su nacimiento en 1988 hasta 1991 no satisfizo cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por sentencias de Tribunales.

Señala el Tribunal Supremo que “la jurisprudencia pasada, sobre todo la muy antigua, tiene establecido que la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene, igualmente, difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento, lo que, sin duda, obligaba a la Sala de instancia a razonar al respecto, cosa que no hace, pues se limita a afirmar que el interés de la niña ‘es privar parcialmente de la patria potestad al padre y confiar la guarda y custodia a la madre’, pero después de de-

jar sentado que ‘el padre ha incumplido sus deberes legales’ y que ‘ha satisfecho alimentos en algunas épocas’.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo se cuestiona si existe una inadecuada valoración de la prueba, puesto que la Audiencia Provincial parece justificar o centrar la no privación de la patria potestad y el interés de la niña en que ‘el padre ha satisfecho alimentos en algunas épocas’, como si el privarle totalmente de dicho derecho-deber, concebido como función, justificase el no pago de pensión en el futuro, lo que en modo alguno ocurre y se puede afirmar teniendo en cuenta que, según el art. 110, el deber de prestar alimentos subsiste y que la recuperación de la patria potestad, cuando se ha privado de ella, sólo puede acordarse ‘cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación’ (art. 170.2), lo que implica mayor seguridad para el cumplimiento si se priva al progenitor de la patria potestad, dado que, si realmente tiene interés en cumplir sus deberes para con la niña, cumplirá y, de no ser así, parece ajustarse al interés de ésta que no ostente la tan aludida patria potestad.”

Entrando a conocer el Tribunal Supremo del fondo de la cuestión y considerando grave el incumplimiento, señala al respecto que procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad a D. Angel en base a dos motivos:

a) *Compartir las conclusiones a las que se llegó en el Juzgado de instancia, esto es que desde el día 31 de Agosto de 1988, en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado D. Angel haber cumplido respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión de junio de 1991 a mayo de 1992, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. Tampoco es cierto a tenor de la prueba testifical y aun de su misma confesión, que la madre le haya impedido ocuparse de la hija y visitarla, llegando a manifestar el demandado en su confesión que carece de interés en tratar a la hija, y llegó a propo-*

ner a D.^a María renunciar a la patria potestad a cambio de que se le eximiera de pagar la pensión de alimentos, por lo que procede estimar la demanda.

b) Al examen del informe del Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia que aconseja igualmente la privación de la patria potestad, puesto que, como pone de relieve, D. Angel nunca ejerció su derecho de visitas, que no reclama hasta que D.^a María inicia el pleito para privarle de la patria potestad, de manera que cabe deducir que trata de perturbar la normal y pacífica convivencia de D.^a María con otro varón y las dos hijas (una de un matrimonio anterior), considerando Vanesa a tal varón como su padre, al no tener conocimiento ni conservar memoria de éste.

Está suficientemente claro que, conforme al artículo 110 del CC, la privación de la pa-

tria potestad no impedirá que el padre deba seguir prestando los alimentos al hijo, ya que esta obligación trasciende a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones constitucionales contenidas en su art. 39: “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos...” y “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los arts. 226 y 228 CP aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (art. 170.2 CC).

VI. INCAPACIDAD

1. Incapacidad. Constitución.

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

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

La incapacitación es un estado civil indisponible, regulado por normas de “ius cogens”, que se refieren a la persona y al patrimonio y que da lugar al sistema de tutela y ésta, tras la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil, es una tutela de autoridad, que se constituye y controla judicialmente.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José instó contra su hermana D.^a Julia demanda de menor cuantía para que se declarase la incapacidad de ésta.

- El juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Valladolid dictó Sentencia el 10 de octubre de 1994 declarando la incapacidad de D.ª Julia y acordando la constitución de la tutela.
- La sección primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, dictó Sentencia el 9 de marzo de 1995, desestimando el recurso de apelación interpuesto.
- D.ª Julia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con la legitimación que le otorgaba el artículo 202 del CC, el hermano de la presunta incapaz instó el correspondiente procedimiento de menor cuantía para que se declarase la incapacidad de esta última. Después de practicarse las correspondientes pruebas médicas, el juzgado de instancia dictó sentencia declarando incapaz a la demandada, quien se opuso a dicha declaración y a los efectos que conlleva la misma. En primer lugar, la recurrente se opone a que en ella concurra causa de incapacitación, para pasar seguidamente a solicitar que se declare la extensión y los límites de la misma y por último, cuestionando la persona que deba desempeñar el cargo de tutor.

1. Causa de la incapacitación.

La base fáctica de la incapacitación son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, enfermedad que como señalan las SSTS de 31 de diciembre de 1991, 31 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1996, ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro. En el presente caso la sentencia de instancia declaró la incapacidad declarando probados los siguientes hechos: “en este procedimiento ha quedado sobradamente demostrado por las pruebas de carácter médico que D.ª Julia padece una enfermedad de carácter psíquico que la impide gobernarse por sí misma, y así

el Médico-Forense informa que padece una demencia tipo mixta de inicio senil, incluida en la F00 10, y que este trastorno mental es persistente y debido al mismo se halla impedida para regir su persona y administrar sus bienes; asimismo en los informes aportados con la demanda se constata que padece una demencia senil de tipo mixto de curso progresivo e irreversible, caracterizado por deterioro de sus funciones cognitivas del 40%, afectación prevalente del hemisferio izquierdo y patrón hemodinámico de insuficiencia cerebrovascular crónica, lo que la incapacita de forma permanente para el normal ejercicio de sus responsabilidades cotidianas y legales... ésta padece la enfermedad de Alzheimer de carácter evolutivo y progresivo, enfermedad que se encuentra en fase avanzada...”

La recurrente pretende que el Tribunal Supremo haga una nueva valoración de la prueba, señalando el mismo que ello “*no es posible en casación, en general, so pena de convertirla en una tercera instancia y, en particular, las pruebas testifical y pericial son de libre y discrecional valoración por los órganos jurisdiccionales de instancia.*”

El artículo 200 del Código civil señala la base fáctica en que debe basarse la sentencia que constituye a una persona en el estado civil de incapacitación. Esta base fáctica la ha expuesto clara y rotundamente la sentencia de instancia y da lugar jurídicamente a la incapacitación. La jurisprudencia, tan-

to la Sentencia de 31 de diciembre de 1991 que se cita en el motivo segundo, como otras, como las de 20 de mayo de 1994, 31 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1996, desarrollan aquel precepto; esta última dice literalmente: *La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la ley, en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la transcendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial. Y en el presente caso, los hechos acreditados dan lugar a la incapacitación, según el artículo 200 del Código civil y reiterada jurisprudencia*”.

2. Graduación de la extensión y límites de la incapacitación.

Conforme indica el art. 210 del CC, la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, y en base a ello, pretende la recurrente que se gradúe la declaración de incapacidad. Sin embargo ello no es posible, como señala el Tribunal Supremo, puesto que *“lo que aparece con la simple lectura de la sentencia de primera instancia confirmada íntegramente por la de apelación: ‘... incapacidad total...’*

‘... debiendo quedar sujeta al régimen de tutela’. La extensión de la incapacitación es total; el régimen es el de tutela. Se ha cumplido estrictamente el artículo 210 y el motivo debe desestimarse”.

3. Constitución de la tutela y persona a designar para tal cargo.

La sentencia que declara la incapacidad determinará el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, pero sin llegar a constituirla en la misma sentencia, ya que esto corresponde al expediente de jurisdicción voluntaria que se inicia tras la firmeza de aquélla (SSTS de 22 de julio de 1993 y 27 de enero de 1998). Como señala el Tribunal Supremo, la inquietud que subyace en toda la posición procesal de la demandada, recurrente en casación; es la repulsa a una determinada tutela; es decir, no tanto parece oponerse a la incapacitación, sino a las medidas de guarda y protección de su persona; expresa que su estado físico y mental no perjudicará su patrimonio pues ha adoptado medidas, *“pero la incapacitación es un estado civil indisponible, regulado por normas de ‘ius cogens’, que se refieren a la persona y al patrimonio (no sólo a éste) y que da lugar al sistema de guarda que en este caso es la tutela y, ésta, tras la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil, es una tutela de autoridad, que se constituye y controla judicialmente. Así, los temores de la incapacitada pueden y deben disiparse con la intervención de la autoridad judicial en dicha constitución y control de la tutela”.*

VII. SUCESIONES

1. *Improcedencia de la impugnación por parte de los hijos de los actos dispositivos de los padres mientras no hayan fallecido éstos.*

Tribunal Supremo. Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 1998.

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

Los hijos carecen de legitimación “ad causam” para impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos que hayan efectuados éstos, sin perjuicio de que una vez fallecidos pueda impugnarlos si resulta que con los mismos se han perjudicado sus derechos legítimos.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 8 de junio de 1989, los esposos D. Pedro y D.ª Canuta y el hijo de ambos D. Julián, otorgaron una escritura pública de compraventa, en la que los referidos esposos manifestaron vender a su expresado hijo la nuda propiedad de los bienes privativos de D. Pedro, que se relacionan en dicha escritura, por el precio confesado como recibido de un millón seiscientos cuarenta y seis mil quinientas pesetas, y la nuda propiedad de los bienes privativos de D.ª Canuta, que se relacionan en dicha escritura, por el precio confesado como recibido de novecientos ochenta y nueve mil pesetas.
- D.ª Lidia instó demanda de menor cuantía contra su hermano D. Julián y contra sus padres D. Pedro y D.ª Canuta, solicitando que se declare la nulidad del contrato de compraventa efectuado entre los demandados por simulación absoluta
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Villalpando dictó Sentencia con fecha 23 de marzo de 1993, declarando la nulidad parcial del contrato de compraventa y del documento público otorgado por los demandados a tal efecto en lo que concierne a los bienes privativos de D.ª Canuta, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, declarando la nulidad de las inscripciones practicadas en virtud de la parte del documento declarada nula y declarando igualmente válida la donación efectuada de los bienes privativos

de D. Pedro, sin perjuicio de su inoficiosidad que no puede ser objeto de examen en el presente procedimiento.

- La Audiencia Provincial de Zamora dictó Sentencia en fecha 14 de Diciembre de 1993 desestimando los recursos de apelación interpuestos.
- D.^a Lidia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Otorgada una escritura de compraventa entre los padres y uno de los hijos, la otra hija insta la nulidad de la misma por simulación absoluta para de esta manera defender sus posibles y futuros derechos legitimarios. A pesar de que ni los demandados ni el Juzgado de instancia, ni incluso la Audiencia cuestionaron la legitimación activa de la hija, el Tribunal Supremo, entra de oficio a analizar la misma por afectar al orden público y señala que *“La cuestión ha de ser resuelta en el sentido de que D.^a Lidia carecía de legitimación activa ‘ad causam’ para promover el proceso de que este recurso dimana, ya que ningún hijo, con el único y exclusivo objeto, al parecer, de defender sus posibles y futuros derechos legitimarios, está facultado para poder impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos que éstos, en uso de sus plenos e indiscutibles dere-*

chos, hayan realizado de sus bienes o de algunos de ellos en favor de otro de sus hijos, lo cual no impide, como es obvio, que, una vez muertos sus referidos padres, pueda impugnar tales actos dispositivos, si resulta que con los mismos se han perjudicado sus derechos legitimarios, impugnación que, repetimos, no puede hacerse en vida de los propios padres transmitentes, que es lo que aquí se limitó a hacer, con indudable precipitación, la demandante D.^a Lidia, la cual carecía de legitimación ‘ad causam’ para ello, por lo que, estimando de oficio esta Sala la falta de la misma, ha de concluirse que procede desestimar; en cuanto al fondo, la demanda de la referida D.^a Lidia, en los términos y momento en que la misma fue formulada, sin que deban, por tanto, ser examinados los motivos del recurso”.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACION, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACION

1.1. *De las alegaciones efectuadas por las partes en sus escritos se deduce la pérdida de afecto entre los esposos por lo que no se estima preciso incidir en las causas alegadas por los cónyuges.*

AP GUADALAJARA, Sec. 1.^a, Sentencia de 13 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Angeles Martínez Domínguez.

La sentencia de instancia ante la pretensión de separación conyugal que los esposos litigantes articulan en sus respectivos escritos de demanda y reconvención, acuerda acceder a la separación del matrimonio, al considerar acreditada la pérdida del afecto conyugal entre los esposos; tal y como así se consigna en el FJ 3.^o de la resolución impugnada. Se pretende por la parte recurrente la estimación de la causa de separación que por ella se articuló en el escrito de demanda, oponiéndose dicho extremo como primer motivo de impugnación. A este respecto hemos de señalar que *atendidas las alegaciones efectuadas por las partes en sus respectivos escritos expositivos de la instancia, así como de la valoración ponderada de la prueba practicada en autos, no cabe sino*

reiterar el acierto de la sentencia apelada, que a la postre ha venido a considerar que procede la separación solicitada por la pérdida del afecto entre los esposos y la consiguiente ruptura de la convivencia conyugal. Ello pone de relieve un grave incumplimiento de los deberes conyugales por parte de los esposos, bastante por sí para constituir causa legal de separación; de modo que no se estima preciso incidir en las causas invocadas por el ahora recurrente, como tampoco en las esgrimidas por la esposa, dada la intrascendencia de dicho extremo al no exigirse una declaración de culpabilidad para la declaración de separación causal de los esposos y al no tener ello repercusión alguna respecto de los efectos de dicha declaración.

2. DIVORCIO

2.1. Para estimar la causa de divorcio del art. 86.1 del CC no es obstáculo que la demanda de separación no se admitiera al faltar la ratificación de uno de los cónyuges.

AP LA CORUÑA, Sec. 4.^a, Sentencia de 7 de abril de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

La causa de divorcio invocada por la actora ha de prosperar. Conforme al artículo 86.1 del CC es causa de disolución del vínculo matrimonial el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido, desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos, con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. Al suprimirse en el texto legal aprobado por el Senado, la antigua redacción del pleno del Congreso, que señalaba: “una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o si transcurrido el expresado plazo no hubiera recaído resolución en primera instancia”, queda claro que el simple transcurso del cese efectivo de la convivencia conyugal durante un año ininterrumpido

desde la interposición de la demanda conjunta, conforma tal causa de divorcio sin necesidad de otro requisito adicional. El Legislador juzga que la demanda de separación por ambos cónyuges establece una fecha indubitada del cese efectivo de la convivencia conyugal, a partir de la cual puede contarse un plazo razonable, concretamente un año, para dejar constituida la causa de divorcio. La ley no habla que la demanda de separación haya sido admitida, sino que basta su interposición, mas en el presente caso, no ofrece duda, como precedentemente se indicó, que no hubo reanudación en momento alguno de la vida común de ambos cónyuges, que llevan separados de hecho, desde hace más de tres años, de común acuerdo, hasta el punto que la propia demandada igualmente insta un pronunciamiento judicial de disolución del vínculo matrimonial por divorcio.

3. NULIDAD

3.1. *Procede declarar la nulidad matrimonial por error en las cualidades personales del cónyuge, cuando la finalidad que perseguía éste era evitar su expulsión administrativa al tener nacionalidad argelina.*

AP ALAVA, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

Instada por la apelante la nulidad matrimonial e invocando como causa error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento, la sentencia de instancia se ciñe a la causa relativa al error en la identidad de la persona, desestimando la concurrencia del mismo, pero sin analizar la causa añadida relativa al error en las cualidades personales, vicio del consentimiento distinto del anterior.

Configurada la autonomía de la nulidad del matrimonio frente al instituto del divorcio, las causas de nulidad son precedentes o a lo sumo coetáneas a la celebración del matrimonio en la primera, mientras se producen posteriormente en el segundo, debemos analizar si a la luz de los hechos acreditados y justificados en autos es patente la existencia del vicio de consentimiento denunciado por la propia contrayente consistente en error en cualidades personales de su cónyuge que de haber sido conocidas hubiesen obstado la prestación del propio consentimiento. *En primer lugar, y razonablemente ello es verosímil, se celebra el matrimonio con cierta celeridad mientras simultáneamente el contrayente declarado en rebeldía está sujeto a expediente policial de expulsión, habiéndose llegado a dictar aquella que le fue notificada el 4 de mayo de 1995, contrayendo matrimonio el 15 de diciembre siguiente con la hoy apelante a la que había conocido en la*

Semana Santa del mismo año, solicitando la revocación de la referida expulsión. Siendo ello así concurre un primer indicio que — aflora— una finalidad dirigida a evitar la expulsión administrativa por parte del marido. En cuanto a las razones y circunstancias alegadas por la actora y relativas a las actividades manifestadas por el propio demandado a aquélla, aun cuando se aduzcan simplemente, no por eso son inverosímiles habida cuenta lo anterior y lo que se dirá a continuación. Y es que a primeros de febrero desaparece el demandado del domicilio conyugal sin dejar rastro hasta el presente. Además de ello figuran las cartas encontradas por la recurrente, reconstruidas y traducidas, de donde se desprende que el demandado tiene una familia en Argelia, desde luego una hija y la madre de ésta, que por el contenido de las misivas parece ser su novia o incluso su mujer. Pues bien, aun cuando deba extremarse la objetividad en la consideración de aquellas cualidades personales a que se refiere la causa cuarta del artículo 73 CC, también tiene relevancia lo subjetivo en orden a ponderar la trascendencia del error y en este sentido debe admitirse no sólo el que se pone de manifiesto positivamente sino también el negativo por ocultar la persona que provoca el mismo hechos de su vida que lógicamente de haberlos conocido la otra parte razonablemente podría haber influido ello decisivamente en su consentimiento. Siendo ello así la pretensión deducida es razonable y debemos estimar el recurso.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y REGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *Procede la privación de la patria potestad y la supresión del régimen de visitas cuando queda acreditado que el padre no ha abonado la pensión alimenticia establecida y ha tenido una escasa relación con la hija.*

AP BADAJOZ, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado.

En autos está suficientemente acreditado que el hoy apelante nunca pasó cantidad alguna a su ex mujer para sostenimiento de cargas familiares y alimentos de la hija común de ambos, conforme a la cantidad que ambos acordaron en Convenio Regulador, de fecha 9 de julio de 1985, en cuya cláusula 4.^a, pactaron, en aquel concepto, 15.000 ptas. mensuales, como mínimo; sin embargo, nunca ha abonado el señor R. V., a su esposa, ni esa cantidad ni ninguna otra, ni inferior, ni superior; está asimismo acreditado que tan sólo en una ocasión visitó a la hija común, en cumplimiento de la estipulación 2.^a del mentado Convenio Regulador; no habiendo vuelto a verla nunca más; y, en fin, está acreditado que nunca ha opuesto la señora P. G. ningún obstáculo a que el padre pudiera ejercer su derecho de visita, así como que, el 2 de febrero de 1996, el señor R.

V., fue condenado por el Juzgado de lo Penal de Mérida, por delito de abandono de familia, por impago de pensiones, y sólo a raíz de esa condena, el hoy apelante presentó una serie de denuncias, en Comisaría, contra su ex mujer, alegando no dejarle ver a la hija de ambos, denuncias que fueron todas desestimadas por Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Mérida, de fecha 28 julio 1996.

Por su parte, el propio apelante tiene confesado (posición 4.^a) que desde que nació su hija hasta el día de hoy la ha visto en muy contadas ocasiones; y que una de tales escasas ocasiones vio a su hija a instancias de la propia señora P.; mientras que la madre del apelante, doña Herminia V., a la repregunta 9.^a reconoce que su hijo no ha pagado cantidad alguna para su nieta, sino que ha sido ella, es decir la abuela paterna de la niña.

1.2. *La privación de la patria potestad no puede acordarse exclusivamente por la circunstancia de que el progenitor haya sido condenado en vía penal por impago de pensiones. El art. 170 del CC no puede aplicarse por los tribunales de forma automática o mecánica.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 21 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Tras su rechazo en la instancia, reproduce la apelante ante el Tribunal su pretensión de privar al demandado de la patria potestad sobre las hijas comunes, que fundamenta en el incumplimiento de la obligación alimenticia que incumbe a dicho progenitor, lo que determinó una condena en vía penal por delito de abandono de familia. En consecuencia, el interés de las menores ha quedado perjudicado, y, a mayor abundamiento, el artículo 170 del Código Civil no exige, en orden a la privación interesada, que se tenga en cuenta el beneficio de los hijos.

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva lo que prima en tal institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el artículo 154 del Código Civil y declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 abril 1963, 8 abril 1975 y 5 octubre 1987, entre otras muchas. Y en tal concepción se insiste, con carácter genérico, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo

que pudiera concurrir (artículo 2.^o), lo que se reitera en el artículo 11.2, en cuanto al principio rector de la actuación de los poderes públicos.

*Conforme a dicha línea, la privación de la patria potestad, que contempla dentro de la litis matrimonial el artículo 92, en relación con el 170, ambos del Código Civil, reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, en que la continuidad de las relaciones paterno-filiales, en cuanto inherentes al instituto examinado, vengán a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, no bastando al efecto la concurrencia de una causa objetiva que, en principio, habilite dicha privación. Y así, aunque el artículo 170 mencionado habla del incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse ésta en función del antedicho principio del *favor filii*, que imponga, o aconseje, en aras de la protección del referido prevalente interés, tal drástica medida. En definitiva el pronunciamiento judicial impetrado no ha de constituir una mecánica o automática respuesta a una situación, más o menos grave o reiterada, de incumplimiento de los deberes que, integrados en la función examinada, hayan sido objeto de una antecedente sanción en litis matrimonial, conforme se propugna en el caso de autos.*

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *No procede modificar la atribución de la guarda y custodia a la madre, ya que el padre no ha acreditado que la estabilidad de las menores junto a la madre presentara algún tipo de riesgo, o que las mismas se hubieran visto sometidas a situaciones de carencias afectivas o materiales graves.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 5 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La pretensión de modificar la guarda y custodia es inatendible, por cuanto el criterio legal derivado del artículo 92 del código civil es el del interés y beneficio del menor, y la pretendida modificación de la medida vigente desde el divorcio en 1992, pero implantada desde 1988 representaría un cambio de entorno, hábitos, costumbres, relaciones sociales, y actividades educativas de un gran calado, máxime cuando ello comportaría especialmente la separación de las niñas de la madre, no deseada por las mismas, tal como se desprende de las diligencias de exploración practicadas.

La prosperabilidad del cambio de custodia sólo hubiera podido ser considerada si el actor hubiese ofertado, ante el juzgado, un entorno afectivo y material para las niñas que mejorara sensiblemente el que disfrutaban con la madre, y a tal efecto es de significar que la ausencia de elementos de prueba del propio entorno del demandante es llamativa, ignorándose su medio vital, convivencial, el

sistema de relaciones sociales, vivienda, medios económicos, formación y capacidad para garantizar a las menores el desarrollo armónico de su personalidad. Así mismo debió probar, y tampoco lo intentó, que la estabilidad de las menores junto a la madre presentara algún tipo de riesgo, o que las mismas se hubieran visto sometidas a situaciones de carencias afectivas o materiales graves. En consecuencia, la solicitud de atribución de la guarda de las hijas no puede ser considerada, sino como un instrumento dialéctico de profundización de la ruptura conyugal, y como una reacción a las trabas en el cumplimiento del régimen de visitas por parte de la demandada, cuya responsabilidad tampoco ha sido acreditada, ya que los incumplimientos del actor en el pago de los transportes de las menores, y en la obligación de pago de la pensión de alimentos que han dado lugar, incluso, a una condena penal al actor, impiden achacar la total responsabilidad de las incidencias acaecidas a la madre.

2.2. *Procede modificar la guarda y custodia de las hijas menores en favor del padre, cuando éstas han expresado de forma firme y persistente su deseo a dicho cambio y por otro lado no existen motivos para considerar que el mismo pueda ser perjudicial para las hijas.*

AP HUESCA, Sentencia de 13 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma.

Insiste el recurrente en que, atendiendo el deseo de las menores, procede disponer que éstas queden bajo la guarda y custodia del apelante. Como dijimos en la Sentencia de 2 diciembre 1996 toda ruptura matrimonial, al implicar la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos cónyuges, debiendo necesariamente encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro cónyuge para realizar las labores educativas de los menores, sino simplemente la necesidad de permanencia sólo con uno de ellos, como secuela ineludible de la ruptura matrimonial.

En el presente caso ambas hermanas han manifestado firme y persistentemente, sin ninguna clase de manipulación su deseo de pasar a convivir con el actor y no existe razón alguna para no satisfacer dicho deseo, con el que no se busca premiar ni castigar a ninguno de los progenitores, sino hacer que

la ruptura matrimonial sea lo menos traumática posible para las hijas del matrimonio, quienes tienen perfecto derecho a elegir con cuál de los progenitores desean convivir aunque ninguna queja tengan contra el progenitor que venía ejerciendo la guarda y custodia. Y esta elección que obedece a sentimientos y preferencias de naturaleza afectiva, a nuestro juicio, sólo puede ser desconocida cuando de ella pueda derivarse algún perjuicio para el menor, situación que en absoluto se da en el presente caso, en el que no existe razón alguna para entender que uno u otro de los progenitores vaya a educar mejor o peor que el otro. Por ello, debe darse lugar al recurso, para estimar la demanda, dando lugar al cambio de custodia solicitado y reconociendo en favor de la madre el mismo régimen de visitas que hasta ahora regía para el padre. Por el contrario, no procede fijar pensión alimenticia alguna a cargo de la esposa pues no se ha acreditado que la misma tenga recursos suficientes.

3. REGIMEN DE VISITAS

3.1. *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.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 12 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 el interés de los menores no queda suficientemente garantizado con las especificaciones del mismo, toda vez que los dos hijos comunes residen en Alemania, y hace más de tres años que no han visto al demandado, de tal forma que el hijo menor, incluso, no conoce al padre y ninguno de ellos puede expresarse en español con el mismo; alega que en los niños existe una preocupante situación de ansiedad ante la eventualidad de tener que relacionarse con el demandado, por lo que formuló la pretensión de supresión total de toda comunicación paterno-filial o, subsidiariamente, el establecimiento de un régimen de visitas restrictivo.

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, 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, estén presididas por el principio superior del interés del menor, 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 conti-

núan compartiendo, en los términos a los que se refieren los arts. 154.12, 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 destacado, en consonancia con la STC de 15 de julio de 1988.

En el caso de autos consta que los dos hijos comunes han convivido siempre con la madre, que ambos nacieron antes del matrimonio entre los litigantes, produciéndose la separación de hecho en noviembre de 1993, y que el primero de los hijos fue reconocido a posteriori por el demandado; que la escasa duración de la convivencia de la familia limitó la generación de vínculos estables entre el padre y los menores, de tal manera que en la actualidad no existen de ninguna clase;

que la demandante reside con los dos menores y su actual compañero, en Alemania; y que el informe elaborado por el gabinete psico-social forense (SATAV) pone de manifiesto la ausencia de vínculos efectivos entre el padre y los menores.

De la anterior resultancia fáctica ha de concluirse la necesidad de arbitrar un sistema de relación paterno-filial “ex novo”, que contemple las posibilidades del demandado de atender la comunicación que se juzga ne-

cesaria con los hijos, y la situación de éstos, junto con el resto de las circunstancias que concurren, y no siendo acogible la pretensión de la recurrente de que se suprima toda relación paterno-filial, por no existir causa que motive ni justifique tal decisión, procede restringir la comunicación paterno-filial y concretarla en dos periodos anuales, uno durante el verano, de un mes completo, y el segundo en Navidad, de una semana, corriendo a cargo del padre los gastos de traslado de los menores.

3.2. *No procede ampliar el régimen de visitas por cambio de residencia del progenitor custodio cuando este cambio ya está previsto en el convenio regulador.*

AP TERUEL, Sentencia de 17 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Hernández Gironella.

El demandante apelante pretende en primer lugar con su recurso que se amplíe el régimen de visitas establecido en el convenio regulador de la separación; pretensión a la que se adhiere el M.^o Fiscal. Sin embargo *no puede afirmarse en modo alguno que haya existido en este punto variación alguna de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al adoptar tal medida pues, aparte de que ni siquiera se ha oído a los hijos menores en relación a la oportunidad de tal modificación, pese a que así lo exige el art. 92 CC, ya en dicho convenio regulador se preveía expresamente el desplazamiento de la residencia de la esposa y los hijos menores a la ciudad de Cáceres, y precisamente por ello se esta-*

bleció un régimen más reducido, sin que pueda servir como base a dicha pretensión una sobrevenida imposibilidad de desplazamiento del recurrente fundada en una nueva convivencia marital. Por otra parte debe recordar esta Sala que el régimen de visitas establecido en convenio regulador o en resolución judicial es siempre un régimen de mínimos que no impide la relación paterno filial al margen del mismo, máxime en casos como el enjuiciado donde la edad de los hijos, alguno de ellos próximo a la mayoría legal, da pie a una mayor flexibilidad en tales relaciones, en función de los deseos y posibilidades de uno y otros.

3.3. *No existiendo ningún obstáculo para ello, procede fijar un régimen de visitas para la abuela paterna, si bien su extensión no puede ser similar a la que se concede a los progenitores en los procedimientos matrimoniales.*

AP TENERIFE, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª del Carmen Padilla Márquez.

Habiéndose solicitado por la abuela paterna la fijación de un régimen de visitas con su nieta, la madre se opone al reconocimiento de tal derecho.

Examinadas las actuaciones procede la confirmación de la resolución recurrida que reconoce el derecho de la actora a relacionarse con su nieta, pues de lo actuado no se desprende que exista justa causa que haga necesario o, simplemente, aconseje impedir, las relaciones personales entre ambas. De los informes obrantes en autos se aprecia que, en un primer momento (1994), e inmediatamente al fallecimiento del padre de la niña, ocurrido cuando los progenitores de ésta se encontraban en trámites de separación, la abuela, a quien notoriamente afectó la muerte de su hijo, mantuvo, en relación a tales hechos (la separación y la muerte del hijo), unos comportamientos para con su nuera y la menor que afectaron negativamente las relaciones familiares, y que incidieron en la conducta de la menor, al igual que en la de las partes del proceso. En la actualidad, sin embargo, y aun cuando las relaciones entre actora y demandada no sean buenas, la pequeña mantiene un recuerdo vago pero grato de la abuela, no poniendo ningún reparo a verla. No apreciándose por ello, ni constando ninguna otra circunstancia que hiciera que la reanudación de las relaciones con la actora fuera negativa para el desarrollo de la menor, debe estimarse la pretensión deducida en la demanda.

En cuanto a la forma en que dicha relación, abuela-nieta, debe llevarse a efecto, no

puede olvidarse que quien ostenta la patria potestad y la guarda y custodia de la hija, tras la muerte del padre, es la madre, por lo que es ésta quien debe decidir, en interés de la niña y con respecto a los derechos de la abuela, los medios adecuados para el mantenimiento de las citadas relaciones. A falta de una actitud positiva de la demandada, y ante la no necesidad de un acuerdo entre las partes, *a tales efectos debe establecerse, por ser objeto también del suplico de la demanda, un sistema o régimen de visitas. Ahora bien, en la determinación de tal régimen, no puede obviarse que la causa y finalidad del art. 160 del Código Civil, base de la acción de la demandante, no es equiparable a los derechos regulados en los arts. 90 y 94 del Código Civil, del progenitor en relación con los hijos que, tras la ruptura matrimonial no queden en su compañía. En tal sentido no son lo mismo, socialmente, las relaciones padre-hijo, que abuelo-nieto, ni los derechos y obligaciones que surgen de tales relaciones tienen igual contenido, por lo que la necesaria amplitud, que requiere el régimen de visitas del progenitor, no es aplicable al establecimiento de las relaciones del abuelo con el nieto. En base a ello se establece, sin perjuicio de que en un futuro la relación se consolide de forma satisfactoria y por voluntad de la madre con mayor fluidez, que la menor será visitada por la abuela los sábados alternos, uno sí y otro no, desde las 17 horas hasta las 19 horas, debiendo la abuela desplazarse al domicilio de la menor para recogerla y, posteriormente, devolverla al mismo.*

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Si existen hijos menores no puede limitarse temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 6 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

El primero de los motivos no puede encontrar acogida, toda vez que el artículo 96 del Código civil establece, como norma que marca el automatismo de decisión en esta materia, en ausencia de acuerdo entre los cónyuges, que la vivienda familiar se atribuirá, en cuanto a su uso, al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, *sin que la declaración de tal derecho pueda contener plazo, término o condición de ninguna especie, toda vez que no cabe realizar una condena de futuro, en ausencia del conocimiento de las circunstancias que puedan concurrir en épocas venideras. La consignación de plazo podría resultar injusta en el hipotético caso*

de que las hijas pasaran a convivir con el padre antes de la expiración del mismo, o se produjese cualquier otra circunstancia que, en su día, y en sede del procedimiento correspondiente, habrá de ser oportunamente enjuiciada.

El texto legal únicamente prevé la consignación de un término prudencial para el caso de que concurren dos circunstancias: a) que la finca sea propiedad exclusiva del cónyuge al que no se atribuye el uso por razón de ser el otro el más necesitado de protección, y b) que no existan hijos comunes, o éstos gocen ya de independencia, circunstancia esta última que no concurre en el caso de autos.

2. *No procede atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo y al progenitor custodio si no la venían ocupando y tenían su domicilio en otra ciudad.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

La desestimación del recurso de apelación presente se impone rotundamente y sin necesidad de mayores esfuerzos argumentales pues, en primer lugar, conforme a la filosofía que inspira la redacción del art. 96 del CC afectante a la atribución del uso del do-

micilio familiar es, evidentemente, la de satisfacer las necesidades de alojamiento, primando a tal fin la protección del interés preferente de conformidad con el contexto de circunstancias que concurren en cada caso concreto. *En el presente, ha de considerarse*

correcta la solución adoptada por el órgano “la quo” de no conceder a la apelante el uso del domicilio familiar al no ocuparlo, constando en autos que es en Aranjuez donde la esposa presta sus servicios; el hijo estudia en dicha localidad; y en la misma está empa-

dronada. En segundo lugar, los miedos de futuro no tiene lugar en un proceso que sólo debe atender a los hechos dados de presente y acreditados en autos, en aplicación de la doctrina de la “actio nota”, es decir; no ejercitar un derecho antes de haber nacido.

3. *Existiendo hijos menores de edad, no puede fijarse como límite temporal la fecha en que se liquide la sociedad de gananciales.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Solicita el apelante que se le otorgue el uso del domicilio familiar y ello no obstante estar las hijas con la madre y una de ellas ser menor de edad, pues se considera que concurren circunstancias excepcionales para que se conceda al apelante como consecuencia de la mala salud que padece que derivó en una declaración de incapacidad del 66% además de percibir menos ingresos que la esposa. Alternativamente, de concederse el uso a la indicada señora se solicita de la Sala fije el límite temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales exclusivamente.

La norma del art. 96 párrafo primero del CC descansa sobre la presunción, acorde con el art. 39 de la CE, de ser los hijos e indirectamente o *per relationem* el cónyuge en cuya compañía queden, quienes representan el interés más necesitado de protección; posibilitándose también la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador; pero para que tal medida pueda ser acordada contra la referida previsión legal es de todo punto necesaria la enervación de la muy sólida y fundada presunción que la sustenta, con la prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que hacen del interés alegado el más necesitado de protec-

ción. Partiendo, entonces, de la precedente doctrina jurisprudencial, que es constante y pacífica desde abril de 1985; y del estudio de la prueba que obra en autos; *procede la desestimación de este motivo y ello en aplicación de lo dispuesto en el art. 96 del CC de concederse a la menor junto con su guardadora el interés merecedor de protección preferente, coincidiéndose con el criterio de la juzgadora “a quo” en que no se aprecia en el apelante la concurrencia de circunstancias excepcionales como para operar un cambio en el uso del domicilio familiar al constar en autos que tiene cubierta su necesidad de alojamiento como reconoce en prueba de confesión judicial al absolver la posición tercera, al haber alquilado una vivienda y dado que se encuentra percibiendo una pensión mensual de unas 130.000 ptas. más dos pagas extras por el doble de la pensión mensual. Igualmente procede desestimar la pretensión del límite a dicho uso hasta la liquidación de los gananciales, considerándose igualmente correcto el señalado por la Juzgadora de instancia de hasta que la hija menor de edad conviva con la madre y carezca de ingresos propios e independientes y como máximo hasta que alcance la edad de 25 años.*

4. *La circunstancia de que la esposa tenga concedido el uso y disfrute de la vivienda no impide que la Comunidad de propietarios pueda reclamar al esposo las cuotas impagadas.*

AP SALAMANCA, Sec. 1.^a, Sentencia de 12 de mayo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

Tras haber quedado impagadas determinadas cuotas, la Comunidad de propietarios dirige demanda contra ambos esposos en reclamación de las cantidades adeudadas, dictándose sentencia condenatoria. El esposo recurre la sentencia con el argumento de que aunque cotitular de la vivienda, no puede ser condenado a abonar las cuotas comunitarias, como hace la resolución que impugna, en tanto que resulta acreditado que separado judicialmente de su esposa desde el año 1994, le resulta vedado el uso y disfrute de ese inmueble.

Los arts. 9.5 y 20.1 de la LPH disponen como obligación de cada propietario la de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y asimismo las obligaciones a que se

refiere el núm. 5 del art. 9.º serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local en el tiempo y forma determinados por la Junta; es decir nos encontramos ante una obligación que no es propiamente real ni personal sino que obedece a un tercer *genus* denominado *propter rem*. Las obligaciones *propter rem* o de *ob rem*, a pesar de su inconcreción, tienen no obstante un dato característico consistente en que la obligación está a cargo de quien en un momento dado sea propietario.

En su consecuencia, siendo aún el recurrente titular de la vivienda al no haberse liquidado el patrimonio ganancial, resulta intrascendente sus limitadas posibilidades de disfrute (ya sea por existir usufructo, uso, habitación, locación o por cualquier otro supuesto real o personal de ajena utilización); su obligación de contribuir a las cuotas comunitarias de la vivienda derivan exclusivamente de su condición de propietario.

IV. PENSION ALIMENTICIA Y CONTRIBUCION A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *La negativa de la hija mayor de edad a relacionarse con el padre, es incompatible con la exigencia al mismo de la obligación de alimentos con mayor extensión que los determinados en sentido estricto por la ley.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 12 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

En el caso de autos la hija común, ha alcanzado ya la mayoría de edad, y ni su con-

vivencia con la madre ni su dependencia económica de sus progenitores ha sido cues-

tionada por el recurrente que con la demanda inicial de este proceso interesó la modificación de lo acordado en el convenio regulador del divorcio, interesando la supresión de su contribución a los alimentos de la hija por ser ésta mayor de edad y haber roto por completo las relaciones con él de forma voluntaria, así como por cuanto se ha producido el cambio de circunstancias que determina el nacimiento de otra hija de una nueva relación, y las obligaciones para con una tercera hija adoptiva.

La pretensión de extinción de la pensión no es atendible, por cuanto la nueva redacción del segundo párrafo del artículo 93 del Código civil extiende la legitimación del progenitor a cuyo cuidado quedan los hijos tras la separación o el divorcio para reclamar la contribución económica del otro progenitor, aun después de la mayoría de edad, y siempre que concurren los requisitos de convivencia en el mismo domicilio e insuficiencia de recursos económicos en el hijo. En consecuencia con lo anterior procede mantener la prestación, tal como hizo el juzgador de instancia, si bien han de ser analizadas las circunstancias que concurren para determinar la cuantía de la contribución paterna a los gastos de la hija, con la ponderación de los criterios de proporcionalidad de los artí-

culos 145 y 146 del Código civil y las circunstancias concurrentes, para cuya finalidad es de consignar que la existencia de la obligación de alimentos del actor para con otras dos hijas menores, y la mayoría de edad de la hija son circunstancias nuevas que sí implican una modificación sustancial objetiva, considerando, por otra parte, que *la extensión de la obligación de alimentos a la época posterior a la minoría de edad no goza de la misma amplitud que en la anterior etapa, y debe concretarse, por la remisión del segundo párrafo del artículo 93 al art. 142 del Código civil, a lo "indispensable" para el sustento, vestido y asistencia médica, máxime cuando la propia beneficiaria y destinataria de la prestación, al deponer como testigo, reconoció que se niega a tener relación con el padre, cuya decisión consciente y responsable es incompatible con la exigencia al mismo de la obligación de alimentos con mayor extensión que los determinados en sentido estricto por la ley, por lo que procede estimar parcialmente el recurso, y rebajar la cuantía de la contribución a los alimentos de la hija mayor de edad a la cifra de 45.000 ptas. mensuales, lo que implica, asimismo, la estimación parcial de la demanda inicial que deja inoperante la condena en costas de la instancia.*

2. *No procede fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad.*

AP GUADALAJARA, Sentencia de 20 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Araceli Torres García.

Por otro lado, en lo relativo a la petición formulada alternativamente a la suspensión de la pensión de alimentos para los hijos mayores, en el sentido de determinar una fecha o una edad a partir de la cual los hijos dejan de ser acreedores de la misma, no resulta

procedente, toda vez que en materia matrimonial siempre que se produzca un cambio sustancial en las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de las medidas, cabe instar la modificación de éstas, sin que podamos hablar de excepción de cosa

juzgada. Así, *el derecho a la pensión de alimentos no está limitado por la edad, por lo que no podemos establecer una fecha a partir de la cual ya no se deba abonar, sino que*

la pensión alimenticia se ha de satisfacer en tanto perdure la necesidad; y ésta cesará en el momento en que los hijos mayores obtengan ingresos propios.

3. *La pensión del hijo mayor de edad no puede ser el equivalente a una parte alícuota o proporcional del patrimonio del padre, sino únicamente lo necesario e indispensable para comer, vestirse, cobijarse y estudiar.*

AP SANTANDER, Sec. 1.^a, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Helguera Martínez.

El hijo mayor tiene derecho ex art. 142 del CC a que su padre, como su madre, le abonen lo que necesita para completar su formación, vestido, alimentación y cobijo; pero no tiene derecho, cual si de una comunidad de bienes se tratara, a una parte alícuota o proporcional del patrimonio que el padre y la madre van acumulando con su trabajo, inteligencia y desvelos. No cabe, pues, hablarse ex art. 142 del CC de cantidad proporcionada al status social, pues no es este el criterio determinante, sino lo necesario, y lo necesario es ese mínimo indispen-

sable para comer, vestir, cobijarse y estudiar.

Pues bien, la cantidad fijada por la Sentencia, 70.000 ptas., representa — al no haber sido apelada por los padres— una cuantía justa tratándose de un estudiante que vive en la misma casa de su madre y otros hermanos que también tienen sus ingresos. Naturalmente la verdad procesal derivada de las pruebas practicadas en que se reconstruye y valora los ingresos de uno y otro progenitor permite observar el acierto del Juzgado al tiempo de distribuir cuotas de obligación para uno y para otro.

4. *La pérdida de los ingresos que obtenía el hijo mayor de edad por su colaboración en un periódico es causa para aumentar la cuantía de la pensión alimenticia.*

AP LAS PALMAS, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de abril de 1998.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Oscar Bosch Benítez.

El único punto de enfrentamiento que se pone de relieve en esta alzada es el que concierne a la modificación de la pensión alimenticia fijada a favor de los hijos, como consecuencia de la peor situación económica en la que se halla actualmente uno de los

ellos. Conviene recordar, además, que en la sentencia de separación, el Juzgador de instancia tuvo expresamente en cuenta la actividad laboral que a la sazón realizaba este hijo (colaboraciones de prensa) y la cantidad que mensualmente recibía por esta tarea, en

orden a la determinación de la pensión alimenticia en favor de dos de los tres hijos habidos en el matrimonio). Por otra parte, ha quedado debidamente acreditado el cierre del periódico “G. de Las Palmas”, medio de comunicación en el que el hijo llevaba a cabo sus colaboraciones (en concreto, realización de viñetas), sin que tampoco se haya puesto en discusión la vigente situación de dependencia económica de sus padres, que afecta tanto a este hijo como al otro varón. La hija tenía y tiene sus propios ingresos, aunque continúe conviviendo en el domicilio familiar (dato este que asimismo se valoró adecuadamente en el proceso de separación matrimonial).

En el supuesto examinado, el criterio de este Tribunal es claramente coincidente con

el expuesto por el órgano de primer grado de jurisdicción, puesto que sin ninguna duda hemos de catalogar de relevante y por ello sustancial la circunstancia imprevista de que el hijo haya dejado de colaborar con el periódico “G. de Las Palmas”, una vez se hubo producido el cierre de su editorial. Este significativo cambio de las condiciones que en su momento fueron apreciadas por el Juez “a quo” a la hora de fijar la pensión alimenticia para los dos hijos varones (y de esto tampoco hace tanto tiempo, dicho sea de paso), obliga a modificar prudentemente al alza el “quantum” conjunto establecido por este concepto (y para estos dos descendientes), tal y como, de forma meditada, se desprende del contenido de la sentencia objeto de recurso.

5. *No procede extinguir ni reducir la pensión alimenticia de la hija mayor de edad por el hecho de que obtenga ingresos esporádicos como monitora de esquí ni porque pase temporadas en el extranjero efectuando prácticas de sus estudios universitarios.*

AP HUESCA, Sentencia de 28 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig.

De la prueba practicada no se deduce que la hija mayor de edad haya logrado la independencia económica, sino que sigue residiendo con su madre, realizando estudios universitarios, lo cual no es obstáculo para que pueda obtener algunos ingresos esporádicos como monitora de esquí, ni quiebra la convivencia el hecho de pasar temporadas fuera del domicilio materno en el extranjero, para efectuar prácticas de sus estudios universitarios, pues su domicilio familiar continúa siendo el de su madre, al que regresa o en el que permanece fuera de esas estancias. Esta situación en la que se encuentra la hija mayor, lejos de disminuir los gastos, no hace sino aumentarlos debido al coste de matrículas,

la, libros, material escolar, desplazamientos, ropa, vestido y alimentación, etc., gastos que contribuye a sufragar o minorar con estancias subvencionadas o trabajos puntuales, que no le permiten vivir con independencia, por lo que, debemos concluir, todavía supone lo que en la terminología legal se denomina una “carga del matrimonio”, artículo 90.c), a cuyo levantamiento están obligados ambos progenitores, artículos 92 y 93 del Código Civil, y que al ser mayor de edad conviviente en el domicilio familiar, careciendo de ingresos propios, se determinan en forma de alimentos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

V. PENSION COMPENSATORIA

1. *No procede fijar “ex novo” una pensión compensatoria en un procedimiento de modificación de medidas.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 2 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

Por la presente demanda incidental de modificación de efectos de sentencia de nulidad, separación y divorcio, que se tramita de conformidad con lo previsto en la norma 8 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, lo que se pretende es que se imponga en la sentencia que recaiga en tal trámite una pensión compensatoria prevista en el art. 97 del Código Civil, que ni en la inicial sentencia de separación ni en la posterior de divorcio fue establecida, ya que en cuanto esta última se hace constar expresamente que no ha lugar a señalar pensión alguna en favor de la esposa al no haber sido solicitada.

Si bien tanto el art. 90 como el art. 91 del Código Civil admiten que las medidas convenidas por los cónyuges, o las acordadas por el Juez en las sentencias de nulidad, separación o divorcio podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, parten de un incuestionable hecho de que la medida haya sido acordada en

el pleito principal, y lo único que proceda es transformar aquella manera o forma en que fue adoptada, por alteración sustancial de las circunstancias que no fueron tenidas en consideración en su momento. Parten, pues, de un derecho ya reconocido en el pleito principal ya sea de nulidad, separación o divorcio matrimonial, cuya modificación proceda por circunstancias sobrevenidas que no pudieron ser contempladas en su momento, pero *si lo que se hizo en el pleito principal es negar tal derecho a percibir pensión compensatoria, no procede en incidente modificativo instituir un derecho que fue negado, ya que modificar es cambiar una cosa en sus caracteres no esenciales produciendo variedades en su línea, y por ello no cabe en tales procesos incidentales solicitar la institución de un derecho que ya no nació en el pleito principal de divorcio, ya que al respecto de lo solicitado opera la presunción de cosa juzgada que prescribe el artículo 1252 del Código Civil basada en principios de seguridad jurídica y presunción “iuris et de iure”.*

2. *La valoración del desequilibrio económico debe hacerse en el momento de la ruptura.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 2 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

El único objeto de debate en esta alzada que motiva la apelación, es la fijación en sentencia de divorcio de una pensión compensatoria en favor de la esposa y cuantía de

44.376 pts mensuales como único efecto del divorcio que se acuerda.

Con respecto a la pensión compensatoria, debe sentarse que la intención del legislador fue la de construir el artículo 97 del Código Civil sobre un supuesto principal, el empeoramiento económico que sufría un cónyuge en relación con su situación anterior en el matrimonio, y por ello la valoración del desequilibrio económico y empeoramiento de situación ha de referirse al momento de la ruptura como se deduce de la expresión “anterior en el matrimonio” que se recoge en el artículo 97 citado, y señala la doctrina del Tribunal Supremo (con la pensión, compensatoria, dice la Sentencia de 2 de diciembre

de 1987, “se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel que tenía en el matrimonio) y si bien el tenor literal del precepto citado, al referirse a “la separación o divorcio” permite atender tanto al momento en que se produjo el cese de la vida en común, como al momento en que se acuerde judicialmente la separación o la disolución del matrimonio, debe estarse básicamente, al tiempo en que se produjo la crisis conyugal, ya que para acceder al divorcio no es necesario pasar por una declaración judicial de la separación matrimonial con carácter previo, y por ello el empeoramiento debe referirse al momento de la ruptura matrimonial

3. *No procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa al haber renunciado ésta a la misma en un convenio extrajudicial en el que, aunque no aprobado judicialmente, concurre el consentimiento, objeto y causa, y, sin motivo o causa de invalidez aducida por los suscribientes.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 8 de enero de 1998.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

En lo que respecta a la pensión compensatoria por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil, concedida en la sentencia apelada, es reiterado el criterio de la Sala de entender la misma como un derecho de carácter personal, perfectamente renunciable y sujeto al principio de rogación, dado ser inviable su apreciación de oficio por parte del órgano jurisdiccional, tal como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987.

En el caso de autos se concertó entre los esposos un convenio extrajudicial para regular su separación de hecho, en fecha 2 de marzo de 1990, como expresamente reconoció la esposa en la prueba de confesión judicial, en el que se convino una renuncia ex-

presa de la misma al percibo de pensión compensatoria de clase alguna.

Tal convención celebrada entre las partes, si bien no constituye el convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil, y al que se refieren los artículos 81 y 86, dada la falta de aprobación judicial, *conditio iuris* de su eficacia, no es menos cierto que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia, que no está inmerso en el proceso de separación conyugal, que se tramitó en la instancia como contencioso, pero que tiene eficacia como pacto de renuncia a la prestación de carácter compensatorio en el momento de la ruptura o de la crisis matrimonial, momento en el que debe apreciarse el desequilibrio patrimonial al que se refiere el

artículo 97 del Código Civil. Tal estipulación, extraña a las medidas contenidas en el artículo 91 del Código Civil, que pueden ser alteradas incluso de oficio por el órgano judicial, es perfectamente lícita, dado estar comprendida en el indicado negocio jurídico de derecho de familia, de carácter bilateral, y aceptado y reconocido por las partes, con la concurrencia de consentimiento, objeto y causa, y, sin motivo o causa de invalidez aducida por los suscribientes, por lo que las partes están sometidas a tal estipulación, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil,

tal como proclama a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997.

Por estas consideraciones y ostentando plena eficacia la renuncia a la prestación de carácter compensatorio, por no apreciarse entre los esposos la concurrencia de desequilibrio patrimonial en el momento de la ruptura matrimonial, momento histórico en el que debe virtualizarse tal presupuesto, procede dejar sin efecto la pensión de carácter compensatorio establecida en la sentencia apelada, con estimación parcial del recurso de apelación deducido.

4. *Salvo supuestos singulares y excepcionales no puede fijarse una limitación temporal a la pensión compensatoria.*

AP SANTANDER, Sec. 3.^a, Sentencia de 19 de noviembre 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Finez Ratón.

En lo atinente a las cuestiones planteadas respecto a la pensión compensatoria, sendas pretensiones impugnatorias han de ser desestimadas. Ni puede acogerse una modificación de la cuantía como la interesada por la esposa, ni ha de prosperar.

En relación con la limitación temporal de la vigencia de la obligación instada por el obligado, deben distinguirse dos problemas diversos que aparecen entremezclados en el recurso: el natural carácter temporal de la pensión compensatoria y la posibilidad de que judicialmente se establezca apriorísticamente un plazo de duración. Debe compararse con el recurrente que la pensión discutida es naturalmente (y no necesariamente) temporal. Circunstancia que viene fundamentada no sólo en la específica razón que da lugar a su nacimiento (art. 97 CC), sino también, en la propia dicción literal de los arts. 100 y 101 Código Civil. Ahora bien, de

dicho carácter no puede deducirse sin más que pueda fijarse de antemano y apriorísticamente su plazo de vigencia. A ello se oponen, en primer lugar, las propias causas que determinan su extinción o modificación y que, conforme a la normativa citada, vienen diferidas a la realización y efectividad del cese del motivo que dio lugar a su nacimiento o la alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge.

Y en segundo término, la propia ratio del art. 97 del Código civil exige que el derecho por él consagrado se mantenga vigente en tanto perdure el desequilibrio inicial que la ruptura matrimonial causó al cónyuge acreedor, lo cual, de ordinario, sólo podrá acreditarse y verificarse con posterioridad.

En consecuencia, *salvo supuestos singulares y excepcionales en los que pueda dilucidarse de forma cierta y determinada temporalmente la persistencia del desequilibrio*

generador, no pueden prejuzgarse apriorísticamente el período de vigencia del derecho y las condiciones en que quedó configurado. Corresponderá a las partes solicitar y acreditar tales extremos mediante el expediente de modificación de medidas previsto al efecto. En el caso ahora enjuiciado las alegaciones efectuadas por el recurrente no constitu-

yen hechos ciertos que permitan determinar con cierta precisión un período temporal máximo de vigencia de la pensión. Las circunstancias opuestas inciden básicamente en la determinación de su cuantía, por lo que debe rechazarse tal pretensión impugnatoria.

5. *Para que la convivencia con otra persona sea causa de extinción de la pensión compensatoria se exige la habitualidad en la misma y que en la práctica venga a generar una posición de estado familiar “de facto”.*

AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

El artículo 101 del Código Civil previene en su párrafo 1.º que el derecho a la pensión compensatoria se extingue “por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”; precepto que, en cuanto a la última causa, ha sido interpretado reiteradamente por esta Audiencia Provincial (SS. 3 de febrero de 1987; 21 de febrero de 1989 y 15 de enero de 1992) en el sentido de que *la “convivencia marital”, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar “de facto”, es decir, una convivencia “more uxorio”, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de “habitualidad” y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa “habitualidad” presupone la “estabilidad”, como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el ma-*

trimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya lo contempla expresamente como causa de extinción.

Por lo que se refiere a la prueba, también tiene señalado que corresponde al deudor demostrar que se ha producido la convivencia marital mediante la utilización de toda suerte de pruebas, bien directas bien a través de las presunciones, tomando como base el dato incontestable de una relación más o menos continuada del acreedor de la pensión con ese tercero de la que se pueda deducir en un sentido puramente lógico que se ha producido el supuesto de hecho que genera la consecuencia extintiva. Probado este extremo, es decir, el de la convivencia, es perfectamente lícito y conforme a la naturaleza de las cosas deducir la existencia de una relación marital entre una y otra parte, si el acreedor no ha podido justificar ni explicar convenientemente el porqué de esa convivencia continuada y estable, de fácil prueba para él y de casi imposible acreditación para el contrario.

En el caso que se enjuicia existen datos bastantes para suponer que se ha producido esa relación de convivencia de la demandada

con otra persona. Así resulta tanto de la prueba de confesión, como de la testifical del detective que hizo un seguimiento, en relación con la documental bancaria, expresiva de que la esposa tiene abierta una cuenta corriente con dicha persona, sin que sobre la misma se hayan dado más explicaciones que las de la propia interesada, puesto que ninguna se hizo para advenirlas. Consta de esa for-

ma que hasta la fecha, puesto que tampoco se hizo prueba de la extinción de relaciones, se mantiene una convivencia estable de la esposa con otra persona, que posee llave del portal y con la que tiene cuenta corriente común, datos que permiten extraer las consecuencias correspondientes en orden a la extinción de la pensión compensatoria, conforme interesa el recurrente.

6. *Desprendiéndose de la prueba practicada que, aunque oficialmente el obligado al pago de la pensión se encuentra desempleado, controla diversas empresas que están a nombre de terceras personas, no procede la extinción de la misma, sino únicamente su modificación.*

AP ALMERIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 7 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

El actor, obligado al pago de pensión compensatoria a la demandada en cuantía de 125.000 ptas. mensuales, solicita se deje sin efecto la misma debido a la mala situación económica que atraviesa que no deja de calificar como de indigencia, frente a la más que desahogada situación que disfruta la demandada; por tanto, el tema planteado se centra en la posibilidad de aplicar los artículos 100 y 101 del Código Civil, por haber sobrevenido alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge, atendiendo a las circunstancias que en su día fueron determinantes para el establecimiento de la pensión por desequilibrio económico.

Se ha probado que la Sociedad "A.E, SA" de la que el actor se adjudicó en capitulaciones 4.250 acciones, presentó expediente de suspensión de pagos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería, y consta asimismo acreditado que el actor se encuentra en situación de desempleo por causa de despido. Con esos antecedentes bien podría afirmarse que existen causas sobrevenidas desde que se estableció la pensión compen-

satoria por desequilibrio que aconsejan la extinción de dicha pensión, sin embargo el resto de pruebas practicadas sólo permiten la modificación de la misma en la cuantía que se dirá, y ello en razón a lo siguiente.

Es difícil comprender el despido de una empresa y que se continúe usando un vehículo perteneciente a la misma, el propio actor en confesión admite que utiliza habitualmente un vehículo cuyo titular es la Empresa "U.", de la que afirma fue despedido; pero es que además de ello, consta acreditado que es administrador de la Entidad "A. SL" de la que su actual esposa tiene suscritas 120 acciones, sociedad constituida dos meses después de su "despido" de "U."; asimismo, por manifestaciones de su hijo, testigo en el presente pleito, el actor percibe ingresos de la Sociedad "C. SL" en la que figura como administradora única su actual esposa, este mismo testigo, quien posee 50 participaciones en la Sociedad "A., SL" y por tanto conoce bien la situación económica del actor, afirma que su padre cuenta con medios económicos suficientes, añadiendo

que aparentemente no figura nada a su nombre sino que toda su actividad laboral la tiene a nombre de su actual esposa, declarando que la empresa "C., SL", quien la dirige y administra directamente es el actor.

Estos últimos datos constatados por la prueba practicada, contradicen claramente los reseñados anteriormente y vienen a poner en evidencia la base en que se sustenta la demanda para pedir la extinción de la pensión por desequilibrio, cual es la situación de gran penuria económica por la que atraviesa en estos momentos, en definitiva no acredita el actor que se haya producido una alteración

tan sustancial en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el Convenio regulador que acordó con la demandada, como para producir el cese de las causas que determinaron el establecimiento de la pensión por desequilibrio, únicamente debe producirse una rebaja en la cuantía de la misma, en aplicación de la circunstancia 8.ª del art. 97 del Código Civil, al haberse producido alteración en el caudal y medios económicos de uno y otro cónyuge que si bien no acarrea la extinción de la pensión, sí aconsejan una reducción de la misma que debe quedar establecida en la suma de 100.000 ptas. mensuales.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *El tutor no tiene facultades para presentar una demanda de separación matrimonial en nombre de la incapaz.*

AP ASTURIAS, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

Si el Legislador no ha tenido en cuenta en la nueva regulación legal la posibilidad contemplada en el referido art. 40 de la anterior Ley de 1.932, precisamente en esta misma materia de separación, antes al contrario, el art. 81 del vigente CC alude exclusivamente, es decir, sin salvedad alguna, a que ambos cónyuges (o uno con el consentimiento del otro) en su primer apartado, o uno de ellos frente al otro, en el segundo, son los únicos legitimados para solicitar su separación, bien entendido que cuando dicho legislador quiere excepcionar tal régimen de exclusividad así lo hace constar de manera

expresa, como ocurre con el citado art. 74, al permitir que la acción de nulidad matrimonial pueda ser ejercitada, además, por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, si bien con las excepciones o requisitos recogidos en los artículos siguientes; o como igualmente vuelve a ocurrir con los artículos 834 y 835 CC., admitiendo este último la posibilidad de que los herederos del cónyuge fallecido puedan subrogarse en el ejercicio de la acción ya ejercitada por éste antes del fallecimiento, para poder privar al sobreviviente de sus derechos a la legítima viudal, tal y como el Auto de la anterior Sala

de lo Civil de la Audiencia Territorial (núm. 1, de 27 de enero de 1987) así ya lo admitía, pero partiendo en todo caso del requisito imprescindible de que la acción de separación hubiera sido ejercitada por el cónyuge y nunca por los terceros. Y B), por último si además el Tribunal Supremo (Sentencia de 26

de mayo de 1982) recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, hay que concluir en base a todo lo expuesto y al margen opiniones al respeto, que no cabe posibilidad de que el tutor suplante al cónyuge, aunque éste se encuentre en estado de grave incapacidad, como parece el caso.

2. *Cuando la incapacidad es total y absoluta el tutor tiene facultades para solicitar la separación de la tutelada.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 4 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller.

En el presente caso se está ante una incapacidad total y absoluta para regir la persona y los bienes, concurriendo un grave déficit de las funciones psíquicas superiores, que motiva que la representación que corresponde al tutor alcance su máxima amplitud y deba extenderse como dice el citado art. 267, a todos aquellos actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal (art. 215 del mismo cuerpo legal), entre los que debe incluirse el ejercicio de esas acciones matrimoniales ya que la tutelada carece actualmente del raciocinio necesario para tomar una decisión al respecto.

Aun cuando se trate de una situación notablemente singular y excepcional, la solución apuntada cuenta en su apoyo con los an-

tecedentes históricos, pues la única vez que el legislador abordó este problema, en el art. 40 de la ley de divorcio de 2 de mayo de 1932, permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de familia. Y, sobre todo, resulta avalada o, más bien, viene impuesta por la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y de protección de los disminuidos. No se comprende, en este sentido, que el cónyuge capaz conserve el derecho de solicitar la separación o el divorcio del cónyuge incapaz y se niegue a este último ese mismo derecho, máxime cuando pueden concurrir causas objetivas que aconsejen u obliguen a acudir al ejercicio de determinadas situaciones. Sí, además el art. 49 de la Constitución obliga a prestar un amparo especial a los disminuidos psíquicos.

3. *Cuando uno de los cónyuges se encuentra internado en un establecimiento psiquiátrico y no se persona en autos, su defensa corresponde al Ministerio Fiscal sin que existan intereses contrapuestos con los del hijo y sin que sea obstáculo la circunstancia de que aún no se haya dictado sentencia de incapacidad.*

AP MURCIA, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader.

El Juez de la Primera Instancia actuó correctamente al comprobar que la demandada se encontraba internada en un establecimiento psiquiátrico y que en el mismo se señalaba la gravedad de su estado, por lo que el emplazamiento tuvo que hacerse en un empleo del hospital, que puso los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que emitiera el correspondiente informe, suspendiendo entre tanto el término del emplazamiento. El Ministerio Público, invocando la disposición adicional octava de la Ley 30/1981 y el artículo 299.bis del Código Civil, asumió la defensa de dicha presunta incapaz, además de la del hijo menor.

La disposición adicional octava de la Ley 30/1981, de 7 julio establece: “En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes”. Así pues, no es cierto lo que afirma el Letrado recurrente sobre la limitación de la función del Ministerio Público a la representación de los hijos en esta clase de procedimientos, pues de forma expresa se contempla que la minoría de edad, ausencia

o incapacidad del cónyuge parte en las causas de nulidad, separación o divorcio, exigirá la presencia del Ministerio Fiscal, quien por su Estatuto también resulta competente para “asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio o fuera de él, de quien por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueda actuar por sí mismo” (artículo 3.6.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por Ley 50/1981, de 30 diciembre). *Es cierto que en el presente caso la demandada aún no ha sido declarada incapaz, por encontrarse en tramitación el procedimiento con tal fin, pero ello no es obstáculo para que el Fiscal asuma su defensa, pues, como dice el artículo 299, bis del Código Civil, “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal”, se anticipa así la protección tutelar de dicho órgano tutelar a las personas que aún no han sido incapacitadas pero que deban serlo, como aquí sucede, pues la propia representación de la parte recurrente reconoce la grave enfermedad que aqueja a su cliente.*

4. *Procede declarar la nulidad del emplazamiento del demandado practicado en el domicilio familiar cuando éste ya lo había abandonado.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 2 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

Del examen de las actuaciones se infiere unívocamente que la demandada fue emplazada en el domicilio conyugal, cuando lo había abandonado y tan sólo residía en el mismo el esposo accionante, entregándose la copia de la demanda y demás a quien adujo ser vecina de la misma, sin hacerse constar el estado y ocupación de la persona que recibió la copia de la demanda, ni se le refirió por el actuario la obligación de entregar tales documentos cuando la emplazada regresase a su domicilio o de darle aviso si conociese su paradero.

La infracción procedimental referenciada, que dio lugar a la indebida declaración de rebeldía de la demandada, y que fueron ya denunciadas en la instancia, aunque en forma procesalmente incorrecta mediante es-

crito de cuestión incidental de previo pronunciamiento y con solicitud de nulidad de actuaciones y deducida ahora correctamente por la vía del recurso de apelación, con fundamento en los artículos 238.3 y 240.1 del la Ley Orgánica del Poder Judicial, determina la necesidad de decretar la nulidad de lo actuado desde la fecha del defectuoso emplazamiento de la demandada, dado haberse prescindido de las normas del procedimiento y causada indefensión a la demandada que declarada en rebeldía le precluyó el plazo para contestar a la demanda. En este sentido es relevante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 29 de Noviembre de 1990, que amparó una idéntica situación de defectuoso emplazamiento de la parte demandada y decretó la nulidad de lo actuado.

5. *Procede condenar en costas a la demandada reconviniendo al no estimarse sus pretensiones sin que sea obstáculo para ello que el actor reconvenido no hubiese pedido condena en costas.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 5 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

El segundo de los motivos del recurso invocado por el actor sí que merece la acogida de la Sala, toda vez que *la aplicación del criterio legal del vencimiento en la litis, que viene establecido por el artículo 523 de la LEC, y en el que el juzgador de instancia fundamenta la condena en costas a la parte*

actora, debe conducir a la misma conclusión por lo que se refiere a la demanda reconvencional de la demandada que no ha encontrado acogida, pues su exoneración por el mero motivo formal de que la representación de la parte actora omitió la solicitud de condena en costas, no sólo pugna con lo establecido

en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que propicia una injusta desigualdad de trato a las partes litigantes, incompatible con los principios constitucionales de tutela efectiva e igualdad ante la ley,

razones por las que debe imponerse a la parte demandada-reconviniente, la condena en costas por la reconvención, relativa a la sustanciación del litigio en la primera instancia.

6. *Las causas de modificación alegadas “ex novo” en la vista del recurso de apelación, es un hecho nuevo que podrá dar lugar a la oportuna acción modificatoria, pero no puede tenerse en cuenta para resolver el recurso.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 12 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

En lo que se refiere a la situación económica del actor derivada de una enfermedad sobrevenida, no puede ser acogida como causa modificatoria de la obligación alimenticia en sede de la presente apelación, por cuanto la misma tiene por objeto la revisión de la sentencia de instancia, en base al material probatorio del que dispuso el juzgador, y

la invalidez absoluta que, al parecer, afecta al demandante, alegada *ex novo* en el acto de la vista, es un hecho nuevo que, en todo caso, podrá dar lugar a la oportuna acción modificatoria, ya que la misma es distinta de las alegadas en la demanda origen de las presentes actuaciones, razones que determinan la necesaria desestimación del recurso.

7. *A pesar de que no haya intervenido el Ministerio Fiscal en el procedimiento, no procede declarar la nulidad al no haberse producido indefensión alguna respecto del menor cuyos intereses corresponde defender al Ministerio Público.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 13 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

El Ministerio Fiscal, en cuanto parte apelante, demanda del Tribunal la declaración de nulidad de lo actuado ante el Juzgado *a quo*, al no haberse dado intervención alguna, en el curso de la litis.

El art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exige para su activación judicial un doble requisito, afectante el primero a la ab-

soluta omisión de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley, o infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, y concerniente el segundo a la indefensión derivada de modo necesario de las referidas omisiones; sin que, en consecuencia pueda provocar el efecto anulatorio invocado la concurrencia de uno solo de di-

chos condicionantes, que requiere, por la propia dicción legal, el imprescindible complemento del otro; y no siendo ello así los Juzgados y Tribunales han de velar por la conservación de lo actuado, máxime si el final resultado de la litis hubiese permanecido invariable en la hipótesis de haberse observado las normas procedimentales omitidas, conforme dispone el art. 242 de la citada Ley Orgánica.

Sobre dicha base legal, y aun siendo ciertamente grave la infracción cometida durante la tramitación del procedimiento por el Juzgado “a quo”, al omitir el emplazamiento del Ministerio Fiscal, que, en el caso y por la existencia de un hijo menor de edad, era ineludible a tenor de lo prevenido en la disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en cuanto garante y defensor de los intereses de aquél, ello, sin embargo, no ha de provocar las graves consecuencias propugnadas, en un plano meramente formal, por el recurrente, en cuanto, mediante su exposición ante el Tribunal, no ha invocado en modo alguno la posible trascendencia jurídica de su intervención en el procedimiento, ni que el hijo común de los litigantes haya resultado perjudicado por la denunciada irregularidad procesal, a través del hipotético planteamiento de pretensiones o pruebas por dicho Ministerio Público que pudieran conducir a un planteamiento diverso, cuantitativa o cualitativamente, de las medidas o efectos complementarios que a dicho sujeto infantil han de afectar, en los términos prevenidos en los arts. 91 y ss. del Código Civil.

Tampoco el Tribunal, dado el referido planteamiento meramente formal de la cuestión a que se ha limitado la motivación jurídica del recurrente, entiende que los antedi-

chos pronunciamientos sean lesivos para el menor, en cuya hipótesis bien podría, inclusive de oficio y atendiendo al prioritario derecho del mismo superador de los límites formales de la congruencia, establecer otras medidas más adecuadas en orden a la salvaguarda de su interés, que, por el contrario, ha de estimarse correctamente amparado por la sentencia de instancia, en armonía con el contexto alegatorio y probatorio incorporado al procedimiento, y al que nada se ha agregado en esta alzada, como bien hubiera podido interesarlo el recurrente, en los términos del art. 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los efectos de proporcionar al Tribunal la evidencia, o al menos la sospecha, de que los derechos del repetido menor habían quedado vulnerados o eran susceptibles de un distinto y mejor amparo judicial.

Por todo lo cual este Tribunal llega a la convicción, pues nada se alega en contrario, de que no se ha producido indefensión alguna respecto del sujeto cuyos intereses corresponde defender al Ministerio Público, y que sí podrían verse lesionados en el caso de tenerse que retrotraer las actuaciones conforme a lo propugnado, sin un anticipo de la posible trascendencia de la actuación del hoy recurrente, en cuanto no limitada a una presencia formal en los autos; lo que, sin embargo, tampoco justifica la incorrecta actuación, que no se revela aislada a tenor de otros recursos de los que ya ha conocido la Sala, del órgano “a quo”, obligado a la íntegra observancia de las normas procedimentales reguladoras de este tipo de procedimientos, pues en otro caso se pueden originar, al menos, no deseables dilaciones en su final resolución, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 2.º del art. 24 de la Constitución.

8. *Para inadmitir la demanda consensual no basta la mera incomparecencia de uno de los cónyuges, debiendo realizar el órgano judicial las mínimas indagaciones sobre la causa de tal conducta.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 27 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Dentro de la regulación del procedimiento consensual de separación o divorcio, contenida en la disposición adicional 6.^a de la Ley 30/1981 de 7 de julio, previene el apartado núm. 4 de la misma que una vez presentada la correspondiente solicitud el Juez, en el plazo de 3 días, requerirá a las partes para que dentro de igual plazo se ratifiquen por separado en su petición, añadiendo el apartado 5 que, entre otros supuestos, procederá la inadmisión a trámite de la solicitud si los cónyuges no la hubiesen ratificado. Es obvio que en dicha prescripción están comprendidas tanto las hipótesis en que ambos cónyuges, o al menos uno de ellos, compareciendo ante el Juez manifiestan su oposición a la petición *ab initio* formulada, como aquellas otras en que ya desoye el llamamiento al efecto realizado, siempre que, por el contexto de circunstancias concurrentes, tal conducta omisiva revele la oposición o el absoluto desinterés en el procedimiento iniciado. Por ello no basta, en orden a la procedencia del auto de inadmisión a trámite de la demanda consensual, la mera incomparecencia de uno de los cónyuges en el día y hora en que al efecto fue citado, debiendo, por el contrario, y antes de adoptar tan drástica resolución, realizarse por el órgano Judicial unas mínimas indagaciones acerca de la

causa de tal conducta, que puede ser fácilmente proporcionada por la representación procesal de cualquiera de las partes personadas, lo que conducirá a una nueva citación, si la referida ausencia no dimanara de una voluntad contraria al seguimiento de las actuaciones, estando dispuesto a comparecer dicho solicitante ante el señalamiento, o, en caso contrario, al archivo de las actuaciones, solución ésta que se impondría igualmente por la no presencia del citado tras dos o más señalamientos, sin exponer causa justificada al efecto, lo que revelaría una tácita voluntad contraria al seguimiento de las actuaciones por la vía de la referida disposición adicional 6.^a

Sobre dichas bases el criterio decisorio plasmado en el auto apelado ha de ser calificado, al menos, de precipitado, en cuanto se dicta el mismo día de la incomparecencia de la esposa, sin esperar, ni indagar, a conocer las causas de tal omisión, ni, en consecuencia, llegar a conocer la voluntad, expresa o tácita, de dicha litigante, lo que así fue ofrecido por su representación en autos mediante escrito presentado en el siguiente día, aduciendo la imposibilidad de acudir al Juzgado y solicitando el señalamiento de nuevo día y hora para proceder a la ratificación acordada.

9. *El auto acordando el cambio de procedimiento de contencioso a consensual no puede dictarse hasta tanto se hayan ratificado los cónyuges en dicha petición.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 27 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

El procedimiento al que pone fin el auto apelado, ordenando el archivo de las actuaciones, no se inicia directamente por la vía de la referida disposición adicional 6.^a, sino por el cauce contencioso regulado en la disposición adicional 5.^a de la citada Ley 30/1981 de 7 de julio, y en el que, tras la admisión a trámite de la demanda y posteriores escritos de reconvenición y contestación a ésta, las partes llegan a un acuerdo para reconducir la tramitación al cauce consensual, en los términos que faculta el apartado K) de la disposición adicional 5.^a

Y así estructurada la andadura procedimental, cabría preguntarse si la mera solicitud de cambio que dimanaba del escrito conjunto de las partes, de fecha 8 de enero de 1997, implicaba, por sí sola, la mutación del procedimiento o si, por el contrario, el mismo no habría de operar hasta la efectiva ratificación de los interesados. *Y es obvio que el auto acordando la transformación no puede dictarse hasta que los cónyuges no manifiestan, en comparecencia ante el Juzgado, su voluntad conforme con la vía consensual y el convenio propuesto; por lo que hasta que ello no se produce puede sostenerse, con*

perfecta lógica jurídica, que el inicial procedimiento contencioso ha quedado simplemente en suspenso, condicionado al ulterior trámite de ratificación que, en caso positivo, determinará su continuación por la disposición adicional 6.^a, y en el supuesto contrario, no el volver a la litis contradictoria, desde lo consensual, sino continuar la primera que quedó interrumpida en la forma antedicha, pero nunca transformada.

Téngase en cuenta además que en supuestos como el que nos ocupa nos encontramos con una demanda ya admitida a trámite, y que no admite otra forma de conclusión, salvo circunstancias excepcionales que no son las examinadas, que la instrumentada a través de la sentencia; por lo que nunca podría llegarse a la solución prevenida en el apartado 5 de la disposición adicional 6.^a, esto es la inadmisión a trámite de la petición, en cuanto la demanda ya fue, en su momento, admitida a su ulterior curso procesal, lo que determina la necesidad de su continuación por su cauce contencioso ordinario, restringiéndose la inadmisión de la solicitud a lo que concierne tan sólo a la transformación del iter procedimental.

10. *No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario si en el procedimiento de modificación de medidas no son demandados los hijos mayores de edad.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 6 de marzo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

No cabe hablar en las presentes actuaciones de una falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto de la hija, cuestión que por otro lado no fue suscitada en la contestación a la demanda, por cuanto la litis deviene de una sentencia de divorcio de los hoy también litigantes, y por tanto sólo y exclusivamente pueden ser partes aquellos que lo fueron en el otro procedimiento, y que como no podría

ser de otra manera eran los cónyuges, aun cuando los efectos de una y otra resolución pudieran incidir en los hijos, los cuales una vez alcanzada la mayoría de edad, y con ella su plena capacidad jurídica y de obrar, disponen de mecanismos procesales y sustantivos propios e independientes para defender sus intereses

VII. EJECUCION DE SENTENCIAS

1. *Todo pago que se realice por el deudor de la pensión y que no consista en el ingreso en la c/c del otro cónyuge, no producirá efectos liberatorios y sólo tendrá la consideración de mera liberalidad o de gasto extraordinario.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 28 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.

Reitera el demandado en el acto de la vista los mismos argumentos que ya esgrimió en su escrito de reposición, básicamente el haber efectuado diversos pagos que exceden de las cantidades que debía pagar; por otro lado, argumentó que la forma de pago pactada en el convenio regulador, aprobado por sentencia de separación, quedó novada por voluntad tácita de las partes.

Resulta clara la estipulación del Convenio de tener que hacerse el pago de la pensión alimenticia de la hija a través de una cuenta bancaria que señala la actora lo que en sede de los artículos 1157, 1158, 1162, 1163, 1166, 1169, 1170 y 1171 del Código Civil, reguladores del pago de deudas dinerarias, suponen que la prestación ha de hacerse en la cantidad íntegra pactada en el lu-

gar y en la forma y fecha también pactados en el Convenio, de manera que para que puedan darse los efectos liberatorios de la obligación, han de llenarse los requisitos de identidad, imputación, válida e integración o pago total de la deuda (Sentencias de 3 de marzo de 1979, y 6 de abril de 1963 del Tribunal Supremo), cosa que no aparece en las actuaciones ejecutivas así como tampoco una supuesta novación del Convenio, dado que conforme al artículo 1204 y reiterada jurisprudencia, la novación nunca se presume, ha de constar expresamente al crearse obligación nueva, donde conste con claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, o la incompatibilidad entre ambas obligaciones (Sentencias de 3 de mayo de 1956, 16 de mayo de 1981, 26 de

mayo de 1981 y 18 de junio y 22 de noviembre de 1982), cosa que en manera alguna se precia. *Los pagos directos a los Colegios o Médicos y otros acreedores distintos a los hijos, o se incluyen como gastos extraordinarios en el inciso final del pacto tercero del Convenio, o bien han de reputarse meras liberalidades del progenitor para con sus hijos que no pueden reclamarse por suponer haber sido consumidas en necesidades perentorias* (Sentencia de 7 de febrero de 1946). Por consiguiente se está en el caso de confirmar el auto recurrido, ya que no hace sino ajustarse al cumplimiento de una sentencia ejecutoria, que ha de cumplirse en sus propios términos (artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

2. *La acción para reclamar pensiones atrasadas y sus correspondientes actualizaciones prescribe a los cinco años (Art. 1966.1.º del CC).*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 28 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.

El recurrente entiende que la petición de ejecutar la sentencia a los nueve años de dictada debe interpretarse sin efectos retroactivos, y aplicar la cuantía pactada con las revalorizaciones del último año, y no como efectúa la ejecutante en su escrito de 14 de enero de 1996 desde 1985, o como hace el Juez, desde los cinco últimos años no prescritos. *El derecho a las pensiones no prescritas (en sede el artículo 1966.1.º del Código Civil) y sus revalorizaciones salariales del obliga-*

do, ha de ser aplicado como dice el Auto apelado, sobre la base de la pensión alimenticia fijada en Convenio y aplicando las revalorizaciones habidas desde entonces, pero tomando sólo el tramo de los cinco últimos años para hacer determinación de cuantías, lo que en definitiva no es más que operación matemática de fijación de cuantía líquida al amparo de los artículos 919 y 921 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello lleva a confirmar el auto apelado.

3. *Para la determinación de las dependencias que constituyen la vivienda familiar en caso de cesión por parte de los padres de uno de los cónyuges, debe estarse precisamente a lo que fue objeto de cesión en aquel momento relacionándolo con los hechos posteriores de las partes.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 7 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Daniel Diego Diago.

Atribuido a la esposa e hijos el uso de la vivienda familiar, el demandado solicitó que la misma desalojara las dependencias de la planta tercera y se abstenga de usarlas excepto en la parte en que están instaladas el depósito y la calefacción y accesos a la misma ya que la tercera planta ni ha venido siendo utilizada como domicilio conyugal, ni ha sido nunca titularidad del matrimonio ahora separado, perjudicando su petición a terceros (los padres del Sr. Fernández que venían utilizando un espacio de su propiedad con normalidad).

La parte actora alegaba que la vivienda que constituía el domicilio conyugal y familiar, estaba formada por dos plantas, estando instaladas en la segunda planta las habitaciones, cocina y aseo y en la tercera, la terraza, trastero y habitación de la calefacción y depósitos de agua, pero ambas plantas conformaban una sola vivienda que era utilizada exclusivamente por los cónyuges, sin que tuvieran acceso a ninguna de ellas los padres del esposo, que viven en la planta primera del mismo edificio, donde tienen la vivienda, un almacén y terraza particular.

El juzgado de instancia resolvió la cuestión en el sentido de que debía estarse a lo acordado en el auto de medidas, por cuanto de lo actuado no se desprende que en la planta tercera existan dependencias de la vivienda conyugal propiamente dicha, sino tan solo que en una parte de la misma están instalados el depósito y la calefacción, por lo que su uso por parte de la actora ha de quedar limitado a las dependencias donde se hallan di-

chas instalaciones y accesos a las mismas, como elemento común del inmueble. Contra este auto la esposa formuló recurso de apelación.

No suministra el legislador un concepto de vivienda familiar limitándose a señalar el artículo 70 del Código Civil que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal defiriéndose en caso de discrepancia, la decisión al Juez, que adoptará la misma teniendo en cuenta el interés de la familia. Con un criterio puramente descriptivo cabe definir la vivienda familiar como la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designio de la autoridad judicial, limitándose las prevenciones del artículo 96 del Código Civil a la atribución del uso de dicha vivienda y de los objetos de uso ordinario. La vivienda familiar puede venir constituida por una sola entidad independiente (sea vivienda en régimen de propiedad horizontal o vertical o casa unifamiliar) o, por decisión familiar y atendidas las necesidades o deseos familiares, integrada por dos o más entidades convertidas de hecho en una sola vivienda.

En el presente supuesto se atribuyó a la esposa e hijas el uso de la vivienda familiar, concretando como tal la planta segunda. La cuestión litigiosa es determinar si la denominada planta tercera, desván o golfas, constituye una planta independiente de la finca dotada de habitabilidad o un elemento común a las plantas primera y segunda o si por el contrario forma parte inseparable de la vivienda

conyugal, en cuyo caso al atribuir la vivienda conyugal sita en planta segunda, se estaría incluyendo lo que formaba parte de la misma y no era departamento independiente o comunitario.

Del testimonio de actuaciones se desprende que el domicilio conyugal no está situado en un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal, sino en un edificio propiedad de los padres del esposo, por lo que para la correcta resolución de la cuestión debe atenderse preferentemente al testimonio del padre del demandado, el cual contestó a preguntas y repreguntas formuladas por demandado y actora, ser propietario del inmueble y haber cedido a su hijo y a la esposa de éste, para que construyeran su vivienda habitual, la vivienda de la planta segunda y el desván, autorizándoles para que efectuaran obras, que ya estaban construidas las paredes exteriores y cubierto el edificio, que el piso segundo estaba construido, no así el desván, que fue lo único que no pudo hacer el testigo e incluso su intención era la de escriturar a nombre de hijo y esposa la propiedad del segundo piso y desván, si bien a raíz de la separación las circunstancias no son las mismas. De tales manifestaciones se desprende con claridad meridiana cuál fue el objeto cedido para servir de vivienda conyugal de los litigantes: la planta segunda y el desván, afirmándose incluso que este último

ni siquiera fue construido por el testigo, lo cual queda corroborado por la hoja de encargo profesional a arquitecto, el objeto de la cual fue la ampliación de planta segunda y golfas, siendo la licencia municipal concedida precisamente para dicho encargo, siendo precisamente lo anterior lo que justifica la presencia en la planta golfas o desván de elementos de suministro de agua y calefacción de la vivienda conyugal.

En conclusión los padres del esposo apelado, propietarios de la finca, facilitaron, mediante título jurídico que no es objeto de calificación en la presente resolución, que el matrimonio integrado por los litigantes, instalaran su vivienda conyugal en la expresada finca, para lo cual autorizaron la ejecución de determinadas obras en la planta segunda (la cual ya estaba construida) y en el desván (que según manifiesta el padre del demandado no estaba construido), de donde se desprende que la vivienda conyugal estaba integrada por una única realidad física independiente integrada por planta segunda y desván, por lo que resulta improcedente y no ajustada a derecho la interpretación dada por la resolución apelada y providencia que dio lugar al recurso de reposición, siendo lo procedente, revocar el auto apelado y en su lugar con estimación del recurso acordar no haber lugar al desalojo de la apelante de las dependencias de la planta tercera o desván.

4. *Cuando en el convenio regulador se pacta el pago de cantidades ilíquidas (agua, gas, teléfono, mantenimiento, impuesto, etc.) sólo puede seguirse la ejecución por las cantidades cuyos pagos se hayan acreditado, sin que proceda hacer ningún pronunciamiento en concepto de provisiones de futuro.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 2 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

El juzgado de instancia condenó al demandado al abono de 987.787 ptas. y acordó requerirle para que, en garantía de máximo

de las obligaciones derivadas del convenio regulador, constituya hipoteca voluntaria sobre alguna de sus propiedades para cubrir las

responsabilidades previstas, en cuantía de 3.000.000 de ptas. en el término de quince días, con el apercibimiento de la constitución de la misma con carácter forzoso y a su costa.

En uso de las facultades que otorgan los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que se pide es la ejecución de un convenio regulador aprobado en sentencia, cuya cantidad es ilíquida al referirse a aquellos pagos que en dicho convenio quedan concretados en su punto séptimo, apartado c) del Convenio de fecha 13 de octubre de 1994 que deben correr a cargo del esposo referidos a gastos ordinarios de las viviendas sitas en Sitges y Calvia, y quedan concretados en: 1.º— Consumos de agua, electricidad, gas y teléfono; 2.º— Gastos comunidad; 3.º— Gastos jardinería; 4.º— Gastos de mantenimiento, y 5.º— Impuesto sobre bienes inmuebles; y sólo podrá despacharse ejecución sobre aquellas cantidades que acredite quien insta la ejecución se hallan dentro de tales conceptos, y además sean objeto de expresa reclamación con acreditación de su pago. Con posterioridad al escrito inicial instando la ejecución, en nuevos escritos se amplía dicha reclamación reclamando nuevas facturas y en otro de ellos una cantidad en concepto de daños y perjuicios por la rotura del muro de la piscina.

Tal inicial reclamación viene complementada mediante nuevas facturas que se desglosan en escrito de fecha 16 de abril de 1996 en el cual se reclaman 107.296 ptas. acumulables a las inicialmente reclamadas, y así en dicho escrito se afirma que dicha cuantía acumulada será la de 499.800 ptas. (392.504 ptas. más las 107.296 ptas.), en el que ya es de observar quedan excluidas las 74.781 ptas. por pago del impuesto sobre bienes inmuebles antes referido y a cuya cuantía se añaden mediante escrito de fecha 13 de mayo de 1996 tres nuevos recibos de jardinería y butano por importe total de 20.902 ptas., sin que en el último escrito de la ejecutante de fecha 3 de julio de 1996 se haga reclamación alguna de cuantía determinada, sino que es simple manifestación de

haberse constatado fugas de agua en la piscina que afectan a la situación del muro exterior de la finca y en particular uno de los muros exteriores que conforman el pozo de la piscina acompañando fotografías, y afirmando que ello altera el lícito derecho de la ejecutante a no ser perturbada en su goce y disfrute pacífico del bien cedido en convenio regulador por su marido y obligado a su mantenimiento pero sin que en ningún momento tal derecho de uso haya sido perturbado por el ejecutado, sino sólo imputable a causas naturales de uso cuyo principal deber corresponde ser velado por quien lo detenta.

De todo lo expuesto se deduce, que en tal trámite de ejecución de sentencia, tratándose sobre cantidades ilíquidas y referidas a gastos de mantenimiento de unas fincas, si la propia ejecutante determina la cuantía que por tal concepto se reclama cuya suma total asciende a la cantidad de 520.702 ptas. por aplicación de los artículos 932 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en ningún caso puede exceder de aquello que hallando debida justificación sea objeto de reclamación en ejecución de sentencia, y así el auto recurrido se excede en tal extremo objeto de apelación, al dar más de lo reclamado por la ejecutante en sus respectivos escritos, en los que si bien se hacen proyecciones de futuro la reclamación queda determinada en tal trámite de ejecución a la antes referida cuantía, como cantidad abonada por la ejecutante a que deberá quedar limitada la cuantía que deberá ser pagada por el deudor y sobre la que podrá ser objeto de ejecución a instancia de la demandante, con independencia que en tales facturas se incluyan gastos menores que más que a mantenimiento de las fincas, se derivan de su uso, como el cambio de fluorescentes o bombillas, y ello debe conducir a la estimación del recurso de apelación, con reducción de la cuantía determinada como cantidad líquida, vencida y exigible por los conceptos reclamados en esta ejecutoria, a aquella que se deriva de la que es objeto de concreta reclamación y justificación de abono por la ejecutante.

5. *El juzgado que dictó la sentencia matrimonial aprobando el convenio regulador, es competente para conocer de la ejecución de todos los pactos que se contienen en el mismo y que, tras su aprobación se incorporaron a la sentencia.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 19 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Sostiene la apelante que el Juzgado de Familia es incompetente para ejecutar un pacto que se contenía en el convenio regulador de la separación y consistente en que la esposa debería abonar una determinada cantidad al esposo, puesto que esta cláusula no tiene encaje posible en el número clausus del art. 90 del CC. La Audiencia sostiene que dicha cláusula tiene perfecto encaje dentro del citado artículo, puesto que el fin de la obligación dineraria impuesta al marido era la inversión de la misma en la adquisición de una vivienda para la esposa e hijos, con lo cual nos situaríamos en el ámbito de la obligación alimenticia que, conforme a lo prevenido en el art. 142 del CC, abarca también la cobertura de las necesidades de habitación o alojamiento del alimentista y cuya obligación forma parte del contenido mínimo del convenio. Pero es más, en cualquier otro caso, esto es de ser la finalidad de lo pactado distinta de la apuntada anteriormente, tampoco se sostendría la excepción de competencia levantada por la parte apelante pues, contra lo que afirma, el contenido del convenio regulador, según las previsiones del art. 90 del CC, no tiene el carácter de números clausus, en cuanto limitado a los supuestos que contempla en sus apartados A) al E), con exclusión de todo otro posible acuerdo de finalidad divergente. La mera lectura, en efecto, de dicho art. revela que admite, como contenido del convenio regulador, otras posibles pactaciones, al menos aquellas que tengan conexión con la crisis matrimonial, y sus derivaciones o consecuencias personales o patrimoniales, pues el inciso inicial del precepto

examinado establece literalmente que el convenio “deberá referirse, al menos...” a los extremos que a continuación enumera, por lo que es obvio que sólo marca un contenido mínimo, susceptible de ser ampliado, por voluntad de las partes, a otros posibles acuerdos, en armonía con lo anteriormente apuntado. En definitiva, y sin perjuicio del control o fiscalización judicial del contenido del convenio, el mismo constituye una manifestación más del principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada, que sanciona el art. 1255 del CC, por lo que, en principio, serían admisibles todas aquellas estipulaciones que no fuesen contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, bajo los condicionantes específicos añadidos, según el art. 90, de no ser dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

No podemos finalmente olvidar que la cuestión suscitada se enmarca procesalmente en la fase de ejecución de una sentencia firme; por ello, y antes de dictarse dicha resolución, podría haberse suscitado, inclusive de oficio, la problemática que ahora, de modo extemporáneo y sólo en esta segunda instancia, se expone por la apelante a la consideración judicial, lo que, quizás, en la referida antecedente fase, hubiera podido, al menos en un ámbito de hipótesis difícilmente admisible según lo antedicho, determinar, por falta de competencia objetiva, el rechazo parcial del convenio. Pero ahora el mismo, siendo inicialmente un abstracto negocio jurídico de familia, al ser aprobado

judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva (STS 22-IV-1997), lo que ineludiblemente nos conduce al art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, precepto que, en cuanto una manifestación más del contenido del art. 24.1 de la Constitución, quedaría vulnerado de aceptarse la tesis competencial mantenida por la recurrente.

No resulta ocioso recordar al respecto que, conforme proclama el Tribunal Supremo, “el ineludible mandato de ejecutar y cumplir las sentencias firmes incluye y comprende también a aquéllas que contengan disposiciones manifiestamente erróneas” (lo que además habrá de descartarse en el caso, por lo precedentemente expuesto), “ya que la rectificación o revocación de estas decisiones se tiene que llevar a cabo por el cauce de la interposición de los pertinentes recursos que contra ellas se pueden entablar, de tal forma que si la parte perjudicada por estas decisiones las acepta y acata, aquietándose a ellas al no formular recurso alguno, y éstas adquieren firmeza legal, no puede luego pretender que en la ejecución de esa sentencia se rectifiquen los errores o disposiciones contrarias a la Ley, ni que esa ejecución se lleve a efecto como si las disposiciones de la sentencia que se pretende cumplir fuesen correctas ya que esto implicaría ir contra lo ejecutado; de lo que se deduce y desprende que las sentencias firmes equivocadas o desacertadas tienen que ser cumplidas conforme a lo que en ellas se dice, respetando totalmente sus mandatos, aunque no se ajusten a lo que la Ley dispone, sin que en su ejecución se pueda efectuar ninguna rectificación de los mismos, ni aplicar ninguna de las consecuencias legales que corresponderían a la ejecución de una sentencia cuyas decisiones

se hubiesen acomodado a lo que la Ley ordena (STS 13-II-1990). Asimismo se vulnera el art. 267.1 de la LOPJ si el órgano jurisdiccional, fuera de la limitada permisión que expresa la proposición segunda del mentado precepto, varía una sentencia que pronunció después de firmada, e igualmente se infringe el art. 408 de la LEC si no se respeta el mandato que establece que transcurridos los plazos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo realzado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera” (STS 30-XII-1995).

Y en el caso examinado habría de añadirse que la sentencia, de cuya ejecución se trata, no hace sino sancionar, en orden a los efectos complementarios de la separación matrimonial, los acuerdos de los cónyuges recogidos en convenio regulador de fecha 6 de abril de 1994, contra los cuales, o al menos respecto a uno de ellos, se alza ahora el recurrente, lo que implicaría la transgresión de la vinculatoriedad de los actos propios, en conducta de manifiesto abuso de derecho, que, conforme a exigencias del art. 7.º del Código Civil, debe dar lugar, entre otros, a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso. Y en efecto, en la hipótesis de ser acogida la excepción competencial esgrimida, el ulterior y posible replanteamiento de la reclamación efectuada por la ejecutante en otra vía procedimental, distinta de la dimanante de la litis matrimonial, podría, ahora sí, verse entorpecida por serios obstáculos procesales derivados del principio de cosa juzgada, cuando no inherentes a la competencia funcional, por mor de lo prevenido en el art. 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que devendría inoperante, por inadmisibles obstáculos formales, un pacto perfectamente lícito.

6. *Procede actualizar la pensión conforme al I.P.C., en aquellos supuestos en que, por mera omisión, no se ha establecido criterio alguno de actualización, así como en aquellos otros en que el obligado al pago pasa a una situación de economía no controlable externamente.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 13 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

En el convenio suscrito por las partes litigantes en fecha 26 de marzo de 1982, en cuanto regulador de las medidas complementarias de la disolución, por divorcio, de su matrimonio, se estableció un complejo sistema de actualización de las pensiones económicas establecidas en dicha pactación que implicaba el promedio matemático entre las variaciones del IPC, el porcentaje de variación de los ingresos fijos del obligado al pago y el porcentaje de variación de sus ingresos variables, llevándose a efecto la revisión en enero de cada año, tomándose como base los emolumentos percibidos en el año 1981.

Rota la relación laboral que unía al demandado con la empresa en que prestaba sus servicios, y ello en los primeros meses del año 1995, la problemática que, en el fondo, plantea el recurrente, es la de la subsistencia del sistema de actualización convenido, habiendo de computarse, al efecto, según sostiene, las remuneraciones fijas y variables percibidas, en dicho ejercicio anual, hasta su despido, con la agregación de lo recibido como prestación por desempleo.

Habiéndose roto, en circunstancias que no están suficientemente claras, las bases de actualización estipuladas, debe operar en el caso el criterio de revisión recogido en el auto impugnado, esto es el marcado por el IPC, en cuanto el mismo tiene un necesario carácter subsidiario, según viene sosteniendo esta Sala, en supuestos en que, por mera omisión, no se ha establecido criterio alguno de actualización, así como en aquellos otros en que el obligado al pago pasa a una

situación de economía no controlable externamente, sin que ello suponga una aminoración del nivel de vida anteriormente disfrutado, en que, sus ingresos, sobre cuya base se pactó la revisión anual de sus obligaciones pecuniarias, estaban perfectamente determinados.

No implica tal solución la transgresión de lo al respecto prevenido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto el mismo impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, dado que dicho precepto añade que si la ejecución resultara imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria.

Y así lo ha entendido, con perfecta aplicación además de los principios sancionados en el artículo 24 de la Constitución, la resolución de instancia, partiendo de la suma señalada en el año 1994, para sobre ella, y rotos los parámetros que anteriormente condicionaban la ejecución, aplicar el criterio actualizador subsidiario, y acumulativo, del Índice del Coste de la vida, para las anualidades sucesivas lo que, como ya se ha expuesto, supone además la armonización, en justicia y equidad, de los antagónicos intereses puestos en juego en el curso de la litis, y la ejecución de lo en ella acordado, lo que no obsta para la posible modificación de la medida económica objeto de esta ejecución, pero ello por los cauces marcados en los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil, y apartado 8 de la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 30/1981 de 7 de julio.

7. *La circunstancia de que uno de los hijos pase a convivir con el padre no exonera a este último de abonar la pensión del otro hijo que permanece con la madre.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 20 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La parte apelante propugna de la Sala la revocación del auto impugnado y, en su lugar, se acuerde la compensación de las pensiones alimenticias de los hijos comunes, suspendiéndose, en consecuencia, la obligación que sobre aquél pesa, y ello en tanto la primera de las comunes descendientes conviva con el mismo.

No puede olvidarse, a los efectos de la resolución conforme a derecho de la cuestión controvertida, que la misma se suscita en la fase de ejecución de una sentencia que acordaba, entre otros pronunciamientos, que el padre abonaría, en concepto de alimentos, la suma de 18.000 ptas. mensuales por cada uno de los dos hijos, cuya custodia se asignaba a la otra progenitora, y ello en tanto dichos descendientes mantuvieran la situación de convivencia con la misma, y carecieran de recursos propios.

Por ello, y bajo los ineludibles términos consagrados, en orden a la ejecución de una sentencia, en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es viable en la fase procedimental en que nos encontramos la solución impetrada por el recurrente, bajo el condicionante de haber pasado a convivir con el mismo la hija mayor, en situación que ha sido asumida de contrario; en efecto ello sólo puede conllevar, en armonía con el propio fallo de la resolución que se ejecuta, el cese del desplazamiento patrimonial que se efectúa, para atender las necesidades de dicha descendiente, en pro de la madre, encargada de su custodia, y por ende de la ad-

ministración de los derechos económico alimenticios de la menor, asumiendo el otro progenitor de modo directo el mantenimiento de dichas atenciones, en los términos consagrados en el artículo 149 del Código Civil.

No prevé el fallo que se ejecuta posibles aportaciones maternas en la hipótesis de pasar a convivir, como así ha acaecido, uno de los hijos, o en su caso ambos, con el otro procreador, lo que impide la compensación propugnada por el recurrente, que desde una perspectiva de estricta ortodoxia jurídica tampoco sería viable, dados los términos excluyentes establecidos al respecto en el artículo 151, párrafo 2.º, del citado texto legal, y ello sin perjuicio de acudir a fórmulas de compromiso que la lógica jurídica impondría.

Todo lo cual no excluye el que las pretensiones ejercitadas puedan ser reproducidas, con las adecuadas matizaciones, en el cauce procesal oportuno, que no puede ser otro que el señalado en los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil y apartado 8 de la disposición adicional 6.ª, de la Ley 30/1981 de 7 de julio, donde aquéllas pueden tener su acomodo que, por el ineludible acotamiento legal antedicho, queda excluido de la presente fase procesal, que sólo permite, conforme correctamente recoge la resolución impugnada, la suspensión del desplazamiento patrimonial a que venía obligado el padre respecto de la hija que ahora ha pasado a vivir en su compañía.

8. *Aun cuando en el convenio regulador se haya previsto que los gastos de enseñanza son a cargo del padre, cuando el hijo es mayor de edad será necesario que el padre preste previamente el consentimiento.*

AP NAVARRA, Sec. 1.ª, Auto de 15 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Julián Huarte Lázaro.

Habiendo reclamado la madre en concepto de gastos extraordinarios el importe de la matrícula de su hijo en una Escuela de Gestión Comercial y Marketing, el padre se opuso alegando la falta de rendimiento escolar del hijo.

El recurso debe ser estimado y revocado el pronunciamiento condenatorio de la resolución de instancia, y es que sin desconocer que los gastos devengados por capacitación profesional de un hijo pueda merecer el calificativo de gastos extraordinarios, así como que éstos según convenio sean de cargo del padre, la cuestión a dilucidar es la de si en todo caso decidido su devengo por uno solo de los progenitores o incluso por el hijo (ya mayor de edad) dada aquella naturaleza, debe ser necesariamente de cargo del progenitor que convino abonar tales gastos de capacitación profesional.

Para la Sala la decisión a tomar no puede ser la misma, cuando los gastos se generen por un menor que por un mayor de edad, que siga conviviendo en el domicilio familiar, cuando los gastos sean en todo caso necesarios, por afectar a la salud o a la enseñanza obligatoria del hijo/a, que aun cuando pudiendo ser procedente no reúnen tal cualidad de necesidad, habida cuenta de haberse ya concluido el período de enseñanza obligatoria, y se es ya mayor de edad.

Pues bien, si en el supuesto de autos partimos de que los gastos del curso año 1996-1997 en la Escuela de Marketing, no son de enseñanza obligatoria, por haber

concluido ese período, lo son para un hijo ya mayor de edad, aun cuando siga conviviendo en el hogar familiar; y se revela que los rendimientos escolares en el curso anterior en dicha escuela, son deficientes, no habiéndose llegado a presentar ni siquiera a las convocatorias extraordinarias, tales circunstancias exigían un previo consentimiento del padre al devengo de tal gasto extraordinario, pues ya no nos encontramos ante el período de minoría de edad, sino de mayoría de edad, en la que de conformidad con el párrafo 2.º del artículo 142, es valorable la conducta del hijo mayor que no ha terminado su formación.

Cierto es que el convenio no prevé el pacto previo o consentimiento, ahora bien ello no determina que por ello no sea necesario el mismo, cuando como ocurre en el caso de autos se trata de un gasto ligado con la formación de un hijo ya mayor de edad, respecto del cual la contribución alimenticia (“in extenso”) viene regulada en los artículos 142 y ss. CC, por remisión del párrafo segundo del artículo 93 del mismo Cuerpo Legal, en la que al ser ya valorable la conducta del destinatario, debe necesariamente tomarse también en consideración la voluntad del obligado, que en el caso de autos no fue apreciada; y que impide repercutir el gasto pretendido por la madre al amparo de la cláusula del convenio regulador, sin un previo análisis de la procedencia del mismo al amparo del párrafo 2.º del artículo 142 CC, que no se ha hecho.

VIII. REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL

1. *Los gastos de ocupación de la vivienda familiar están incluidos dentro del concepto cargas del matrimonio, y por tanto, si la esposa no hizo efectivo este pago, no existe ningún obstáculo para que el esposo directamente abone dichos gastos y deduciga su importe de la mensualidad corriente.*

AP BURGOS, Sec. 3.ª, Auto de 18 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Caballero Lozano.

El concepto de alimentos y levantamiento de cargas del matrimonio presenta un contenido muy amplio, comprensivo también de la “habitación” del alimentista, como expresa el artículo 142 del Código Civil y puede deducirse fácilmente del artículo 1318 del mismo Código en relación con el artículo 1362 del mismo. La recta interpretación de los preceptos indicados, a falta de mayor concreción en la sentencia de separación, título de la presente obligación dineraria, nos conduce a la conclusión de que el importe del canon es un gasto al que la demandada ha de hacer frente con la pensión que reciba del actor, se halla comprendido en la pensión a satisfacer por el actor.

Ningún obstáculo, por el contrario, existe para que, sin modificarse el importe de la pensión, el actor pueda detraer el importe de la mensualidad corriente del canon por uso de la vivienda militar, toda vez de que se trata de una simple modificación en el régimen de pago de la deuda: el actor pagará al “I.” el canon directamente, descontándolo de la cantidad a entregar como alimentos y rindiendo cuentas a la acreedora de este pago, rendición que es una exigencia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1258 C.C.) y que es nota común de todos los negocios de gestión (art. 1720 C.C., para el mandato).

2. *Si no se respetan los trámites de la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge no deudor pierde el beneficio de inventario respondiendo solidariamente, con todos sus bienes (ultra vires) de todas las deudas de la sociedad de gananciales.*

AP MURCIA, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader .

Una vez disuelta la sociedad de gananciales, se siguió procedimiento de menor cuantía en reclamación de una deuda de carácter

ganancial, habiéndose embargado una serie de bienes, sobre los que plantea una tercera de dominio el esposo por entender que algu-

nos de ellos tienen carácter privativo y que por tanto no pueden ser embargados. La sentencia de instancia estima la tercería planteada porque, aun admitiendo que la deuda por la que se embargaron los bienes era de carácter ganancial, entiende que de la misma sólo deben responder bienes de tal carácter y que tres de los embargados (una lavadora, un televisor y un vídeo) no tienen tal carácter, al haber sido adquiridos por el marido por compra, no por adjudicación, después de la disolución de la sociedad de gananciales, teniendo por tanto carácter privativo, y no siéndole aplicable el artículo 1401 del Código Civil. Contra ese pronunciamiento se plantea el presente recurso de apelación que fundamenta el recurrente en infracción de los artículos 1401 y 1402 del Código Civil, además de sostener que no puede plantear la tercería de dominio el que ha sido parte en el procedimiento en el que se efectuó el embargo y que, al no haberse liquidado la sociedad de gananciales, se pierde el beneficio de inventario por el deudor (artículos 1317, 1410 y 1369 del Código Civil).

El tercerista, como apelado, se opone al recurso, pidiendo la confirmación de la sentencia, con costas, por entender que la única consecuencia de la falta de liquidación de la sociedad de gananciales es que los que formaban parte de la misma siguen siendo bienes en comunidad proindiviso, no siendo aplicables los artículos 1401 y 1402 invocados de contrario. Los bienes adquiridos por el cónyuge con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales son de carácter privativo, por lo que no responden de las deudas de dicha sociedad.

La Sala no acepta los argumentos contenidos en la sentencia de primera instancia, pues los artículos 1401 y 1402 del Código Civil son de plena aplicación al caso debatido. Para ello hemos de partir de que nos encontramos ante una deuda de carácter ganancial como reconoce la sentencia y todas las partes en la causa y resulta de lo establecido en los artículos 1362.4.^º del Código Civil y 6.^º del Código de Comercio. Consecuencia

de lo dicho hasta ahora es que no estamos en presencia de una deuda de la que sólo deban responder los bienes de la esposa, agente de seguros, sino también los bienes de la sociedad de gananciales, que era el régimen económico matrimonial en vigor al tiempo de contraerse la deuda.

Nos encontramos ante el presupuesto del precepto comentado (artículo 1401), pues existe una deuda de la sociedad de gananciales que no ha sido pagada, por lo que el acreedor conserva su crédito contra el cónyuge deudor (en este caso la esposa) y contra el no deudor, si bien respecto al mismo sólo con los bienes que se le hayan adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque esta limitación sólo se da «si se hubiere formado debidamente inventario judicial o extrajudicial». El precepto es reflejo del artículo 1317 del Código Civil, según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos y adquiridos por terceros».

Por efecto de la disolución de la sociedad de gananciales y por la crisis que ésta implica para el patrimonio común, las facultades de los acreedores no sólo no disminuyen, sino que aumentan, pues tanto el artículo 1402 como el 1410 del Código Civil se remiten a las normas de la partición y liquidación de la herencia para la regulación de la liquidación de la sociedad de gananciales, y entre ellas tiene singular transcendencia en el presente caso el artículo 1023.3.^º de dicho Código, en relación con el 1024, según los cuales si la liquidación no se ajusta al rigor normativo previsto (no formar inventario, no pagar ordenadamente las deudas, no convocar a los acreedores, etc.) el heredero (y el cónyuge) pierde el beneficio de inventario, lo que conlleva la confusión de sus patrimonios (el privativo y el procedente de la liquidación de la sociedad de gananciales), el daño del propio cónyuge, nunca de los acreedores. Por lo tanto, de la deuda ganancial responde no sólo el patrimonio de tal carácter, sino también, en garantía de los

acreedores, los privativos de los cónyuges, con una responsabilidad personal y solidaria, y por ello incluso con los bienes privativos «ultra vires» según resulta de lo establecido en los artículos 1401.1, 1402, 1410, 1003 y 1084 del Código Civil y recoge la jurisprudencia en Sentencias del Tribunal Supremo de 15 febrero y 13 junio 1986, 17 noviembre 1987, y 28 abril 1988.

Como conclusión de lo expuesto hasta ahora puede sostenerse que la deuda puede reclamarla el acreedor contra el deudor que la contrajo (la esposa), contra la sociedad de gananciales, que responde de la misma al tratarse del ejercicio consentido de su profesión, y contra el cónyuge del deudor porque

el mismo ha perdido el beneficio de inventario al no haberse respetado los rigurosos trámites de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues en ese caso se produce una confusión de sus patrimonios, respondiendo solidariamente, con todos sus bienes (*ultra vires*) y de todas las deudas de la sociedad de gananciales.

Así pues el recurso debe prosperar pues el tercerista es deudor de la cantidad que se reclama, por lo que los bienes embargados responden de la deuda para cuya ejecución han sido trabados, debiendo revocar la sentencia de primera instancia y dictar otra por la que se desestima la tercera planteada.

3. *La cartera de clientes de agente de seguros formada durante la vigencia de la sociedad conyugal tiene carácter ganancial.*

AP ALICANTE, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Ubeda Mulero.

Por lo que respecta a la naturaleza de los bienes litigiosos debe compartirse el criterio del Magistrado “*a quo*” sobre su carácter de gananciales ya que encajan dentro de los conceptos que de ellos se contienen en los apartados 1.º, 3.º y 5.º del art. 1347 del Código Civil puesto que el inmueble adquirido para que el esposo ejerciera en él su actividad como agente de seguros fue comprado en 17 de agosto de 1987, esto es, constante matrimonio y con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales, de fecha

29 de junio de 1988, en que se acordaba la liquidación de la sociedad legal de gananciales que hasta entonces había venido rigiendo y su sustitución por el régimen de separación de bienes; y *la cartera de clientes debe incardinarse como bien ganancial ya se considere como bien obtenido por el trabajo o industria del esposo, como fruto, renta o interés de dicho trabajo o como fondo comercial de la empresa establecida durante la vigencia de la sociedad de gananciales y de la que esencialmente vivía la familia*

4. *Hasta que se liquide la sociedad de gananciales, ambos cónyuges deben contribuir por mitad a los gastos de mantenimiento y conservación de los bienes gananciales, salvo los que se originen por el uso y disfrute de la vivienda familiar que estarán a cargo del cónyuge usuario.*

AP MALAGA, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez.

Siendo manifiestamente patente el estado de provisionalidad de la extinta sociedad de gananciales pendiente de entrar en fase de liquidación, parece acorde y justo que las rentas que se perciben del alquiler del inmueble sean obtenidas por ambos cónyuges en la forma solicitada por el recurrente, sin que sea necesario entrar en el examen de las restantes cuestiones accesorias planteadas en

esta alzada por la parte apelante al ser incontestable por disposición legal como ambos cónyuges deben contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes gananciales integrados en la sociedad disuelta hasta su liquidación, si bien, lógicamente, los gastos que se originen por el uso y disfrute de la vivienda familiar serán a cargo del cónyuge al que se le concedió el mismo.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *No existe ningún obstáculo para que pueda constituirse la tutela de unos menores previamente declarados en desamparo por vía ordinaria en expediente de jurisdicción voluntaria.*

AP GERONA, Sec. 2.ª, Auto de 28 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Miguel Fernández Font.

El art. 3 de la Llei de Protecció de Menors i Adopció de 30 diciembre 1991, determina que la resolución de desamparo comporta la asunción de las funciones tutelares sobre el mismo por el Organismo competente, mientras no se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias, implicando tal asunción la suspensión de la patria potestad. Por su parte, el art. 3.a) de la Llei de Tutela i Institucions Tutelars de la misma fecha que la anterior, establece que quedan sujetos a

tutela los menores no emancipados que no estén sometidos a la patria potestad, añadiendo su art. 14 que la tutela de los menores desamparados corresponde a la persona que determine la ley correspondiente, sin perjuicio de que si una persona se presta a asumirla el Juez puede nombrarla si ello redundará en beneficio del menor. De otro lado, el art. 32 de la misma norma prevé que en el caso de desamparo de menores le corresponde ejercer la tutela a la Administración Pública

competente hasta que no se constituya la tutela ordinaria.

De lo anterior resulta que, si bien la regla general es que la Administración Pública asuma la tutela de forma automática de los menores en situación jurídica de desamparo, nada impide que de existir una persona que pueda asumirla y ello redunde en beneficio del menor a ella pueda nombrársela tu-

tora por la vía ordinaria para tal designación, cual es un expediente de jurisdicción voluntaria. Siendo así que en el presente caso se encuentra en marcha un procedimiento de esta naturaleza, que de lo actuado resulta la idoneidad de los demandantes para desempeñar la tutela de sus sobrinos, que el padre de éstos ha sido oído mostrando su conformidad y que se les ha declarado en desamparo, procede nombrarles tutores.

2. *Si la convivencia del adoptante con el adoptando se inició después de que éste alcanzase la mayoría de edad no puede constituirse en ningún caso la adopción.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 13 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Reproduce la apelante ante la Sala la pretensión que, respecto de la adopción del hijo de su cónyuge, dedujo en el escrito rector del procedimiento, aduciendo que si bien es cierto que la convivencia entre aquéllos se inició después de cumplir el adoptando 19 años de edad, el mismo padece una enfermedad que determina que su edad cronológica no se corresponda con la mental, que, según los informes aportados, corresponde a un niño de 6 años. Y ello impone una aplicación flexible al artículo 175.2 del Código Civil.

La Ley 21/1987, de 11 noviembre establece, en su preámbulo, que la adopción se configura como un instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes más la necesitan, excluyendo de su ámbito de aplicación la posibilidad de la integración familiar, a través de dicho instrumento jurídico, de los mayores de edad de una forma indiscriminada, de tal modo que “en el futuro la adopción sólo cabrá, salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad”; tal proclamación de intenciones tiene su desarrollo específico a través del artículo 175 del Código Civil, cuyo

apartado segundo establece, con diáfana claridad, que “únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”, para seguidamente añadir que “por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años”.

Y es obvio que este último requisito no concurre, conforme se reconoce por la recurrente, en el caso examinado, en el que tal situación de convivencia entre la misma y el adoptando arranca de un momento cronológico muy posterior; siendo ello así tampoco cabe la asimilación de tal momento con situaciones en que el desarrollo mental, por enfermedad, del adoptando se corresponde con una edad inferior a los catorce años, cual se propugna por dicha litigante, en cuanto el referido texto legal, en su conexión además con los antecedentes legislativos y referida exposición de motivos, es lo suficientemente claro como para excluir hipóte-

sis no comprendidas en el mismo (artículo 3 CC), lo que, en caso contrario, implicaría además una aplicación analógica que veda expresa y terminantemente el apartado 2 del artículo 4.º del Código Civil, pues, como se encarga de poner de manifiesto el texto legislativo surgido de la reforma de 1987, la adopción de un mayor de edad es excepcional, y, por ende, las previsiones legales que contemplan dicha hipótesis no pueden proyectarse a supuestos distintos de los que, con rotunda claridad, prevé el citado artículo 175, que indudablemente no abarca casos como el que se expone a la consideración del Tribunal.

En efecto, cuando la ley quiere realizar una asimilación o equiparación de las situaciones jurídicas de los menores de edad y de

los mayores incapaces así expresamente lo plasma, cual acaece, entre otros muchos supuestos, en el artículo 103.1.ª, en relación con los artículos 154 y 171 CC, a propósito de la custodia y ejercicio de la patria potestad, en los artículos 121, 124, 125, 129 y 137, en relación con la filiación, o el artículo 1246 en orden a las inhabilidades para sus testigos. Por lo cual es significativo que tal expresa equiparación no conste en la regulación de la adopción, lo que unido al carácter excepcional de la proyección de dicho instituto sobre los mayores de edad, lleva a la inequívoca conclusión de no ser susceptible de amparo judicial, por falta de los requisitos ineludiblemente exigidos al efecto, una situación cual la que hoy se somete a la decisión de la Sala.

3. *Corresponde al juez valorar la forma en que deben intervenir los padres biológicos en el expediente de adopción. No es necesario abrir el incidente del art. 1827 de la LEC cuando el padre, citado sólo para audiencia, no lo solicita.*

AP BARCELONA, Sec. 1.ª, Auto de 9 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eloy Mendaña Prieto.

La diferenciación de las intervenciones que señala el artículo 177 ha de realizarla el Juez instructor del expediente de adopción y ha de realizarla valorando la conducta de los padres naturales para con el hijo adoptando a fin de señalar si están incurso o no en causa de privación de la patria potestad, para así fijar el tipo de intervención que les corresponde. Y es evidente que en el presente supuesto la situación de abandono del adoptando es debida a una total falta de ejercicio por el padre de los deberes de protección moral y material que comporta la patria potestad, situación que tiene un carácter permanente hasta el punto que al fallecimiento de la madre la guarda y custodia de la menor se otorga al

instante de este expediente y no al padre, lo que implica que éste está incurso en causa de privación de la patria potestad y, en consecuencia, su intervención se limita —como hace el Juez “a quo”— a la simple audiencia.

No existe vulneración de lo dispuesto en el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque dicho precepto prevé un incidente especial para el caso de que los padres citados sólo para audiencia compareciesen alegando que es necesario su asentimiento, y en el presente caso el padre es citado para ser oído simplemente y nada dice sobre la necesidad de su asentimiento, limitándose

su manifestación en la oposición a la adopción (fundándose básicamente, además de —como se desprende de las manifestaciones antes transcritas— en un sentimiento patrimonialista de la filiación, en un sentimiento de rencor hacia la persona a la que atribuye la ruptura de su relación con la madre de la adoptando), por lo que obviamente no había lugar a la incoación del especial incidente antes señalado.

De todo lo antes dicho se infiere también la conveniencia para la menor de la constitu-

ción de la adopción solicitada, consolidándose legalmente una situación de hecho preexistente, con la consecuencia de la no subsistencia de relación con la familia biológica, cuya pérdida en este caso es una consecuencia teórica e hipotética dada la prolongada situación de abandono de la menor por el padre, situación cuya prolongación indefinida, en evidente perjuicio para una menor, pretende mantener al oponerse a la adopción sin solicitar —ni ahora ni antes— asumir las obligaciones propias de la patria potestad.

4. *La falta de contacto entre la madre biológica y su letrado constituye una palmaria manifestación de la incapacidad de dicha progenitora.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 27 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La dirección Letrada de la apelante, designada en turno de oficio, tras manifestar que no ha podido contactar con su cliente, acaba por suplicar del Tribunal la revocación del auto de fecha 12 de septiembre de 1996 y, en su lugar, se reintegre la tutela del menor a la madre, en cuanto no existe en las actuaciones prueba suficiente para acreditar la drogadicción que a la misma se imputa.

Es obvio el desfase, en el presente momento procesal, de la pretensión revocatoria deducida por la parte apelante, que no revela sino la falta de coordinación entre la madre biológica y su Letrado, producto sin duda de la ausencia de contacto entre los mis-

mos, pues tras ser dictado el auto al que se concreta el presente rollo de apelación, la referida litigante comparece ante el Juzgado “a quo” interesando que su hijo, al que se refiere el acuerdo de tutela en principio impugnado, “sea encomendado a sus padres, en vez de ser internado en un Centro de la Comunidad de Madrid”; y ello constituye una palmaria manifestación de la incapacidad de dicha progenitora, por uno u otros motivos, para asumir, con las debidas garantías en orden al preeminente interés del menor, la función de su cuidado cotidiano, en cuanto integrado en la patria potestad, según las prescripciones del artículo 154 del Código Civil.

X. FILIACION

1. *La exigencia de aportación de un principio de prueba con la demanda de filiación no trata de restringir el principio constitucional y legal de libre investigación de la verdadera filiación. Dicho requisito se cumple con la aportación de un acta de notoriedad de la madre biológica.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 4 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero.

La supuesta inadmisibilidad de la demanda opuesta por la parte demandada y recurrente al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil, debe ser rechazada, como acertadamente hizo la resolución recurrida, pues si bien el precepto citado establece que no se admitirá a trámite la demanda en que se ejercite una acción de filiación si no se acompaña un principio de prueba de los hechos en que se funde, este presupuesto de procedibilidad o garantía procesal, como señalan la doctrina y la jurisprudencia, no trata de restringir el principio constitucional y legal de libre investigación de la verdadera filiación, sino que tiene su justificación en la necesidad de poner unos límites para impedir la presentación de demandas temerarias o totalmente infundadas (Sentencia 20 octubre 1993); precisando que se trata de aportar una razo-

nable y mínima justificación, que no puede dar lugar a una restricción ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución, en cuya línea las Sentencias de 3 diciembre 1991, y 8 y 20 octubre 1993 tienen declarado que la aportación de un principio de prueba se cumple no sólo con la incorporación de una prueba documental en sentido estricto, sino también con otros medios documentales en sentido amplio, con declaraciones prestadas por escrito e incluso mediante la oferta de la práctica de determinadas pruebas en el momento procesal adecuado; doctrina que aplicada al presente caso evidencia la corrección procesal de la admisión a trámite de la demanda formulada, al acompañarse a la misma un acta notarial que contiene las manifestaciones de la madre biológica del demandante, relativas a la filiación paterna alegada.

2. *Procede denegar la solicitud formulada por la hija de cambio del apellido paterno que consta en el Registro Civil por el apellido actual del esposo de la madre.*

AP GERONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 21 de julio de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José-Isidro Rey Huidobro.

Por lo expuesto, no yerra el Ministerio Fiscal cuando informa que el presente proce-

dimiento implica el ejercicio encubierto de una acción de impugnación de la filiación,

pues la alegación de que quien figura como padre en el Registro Civil, —cuyo apellido ostenta la demandante—, no es en realidad su padre biológico, causa en la que se apoya la petición de sustitución del apellido por otro, encierra una acción de impugnación, que paradójicamente se dice no ejercitar, cuyo éxito conllevaría una serie de efectos que rebasarían en ámbito de lo propugnado, donde se peticiona una “rectificación del acta de nacimiento” de la actora que en realidad no es tal, al figurar reconocida por testamento y legitimada por subsiguiente matrimonio, sin que se advierta ni se pruebe error que conduzca a sustituir el apellido paterno por interés o conveniencia social y en base a una supuesta inexistente relación de paternidad,

que curiosamente se dice no impugnar, lo que hace inviable la prosperabilidad del recurso, procediendo la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos y porque la filiación determina los apellidos y se acredita por la inscripción en el Registro Civil, de forma que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria (arts. 109 y 113 CC). *Si del Registro Civil se desprende la filiación de Dña. X, como hija de Don. Y, de quien ostenta el primer apellido, no es admisible su sustitución por el apellido del actual esposo de la madre, pues ello implicaría determinar la filiación de la actora como hija de quien no es, vulnerándose así el art.113 “in fine” del CC.*

XI. UNIONES DE HECHO

1. *El hecho de que uno de los cónyuges durante la convivencia “more uxorio” haya construido una vivienda sobre una parcela de su propiedad no supone que deba aplicarse a tal construcción el régimen económico de gananciales.*

AP GRANADA, Sec. 4.^a, Sentencia de 26 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Molina García.

Doña Carmen planteó un procedimiento de menor cuantía frente a la segunda esposa de su padre en orden a la determinación del carácter ganancial o privativo de determinados inmuebles. Siendo de interés reflejar que sobre la finca del Zaidín el causante (padre de la actora), tras el fallecimiento de su primera esposa (madre de la actora) construyó una vivienda de tres plantas, sobre los años 1978 a 1980, que por esas fechas convivía, *more uxorio*, con la demandada, con la que vino a contraer matrimonio el 15 de diciembre de 1989, que por tanto se construyó mucho antes del referido matrimonio, con lo

cual es imposible aplicarle a dicha vivienda el carácter de bien ganancial, ya que se habría construido en estado de viudo, y debió ser a sus expensas en cuanto no se ha acreditado la aportación de la demandada a su construcción, cuya actividad a la sazón era limpiadora, sin que se hayan probado tampoco los ingresos que tenía, ni datos para constatarlos hasta el año 1985 en que empezó a cotizar a la Seguridad Social, como limpiadora del “Hospital Clínico”; y en este punto la sentencia apelada desliza un razonamiento que no se comparte como es el de que su colaboración no sólo fue económica

—que no se ha probado— sino con la atención doméstica, y el paso siguiente es equiparar esta situación con la conyugal; con lo que traslada la legislación sobre régimen económico del matrimonio, en concreto el de la sociedad de gananciales (art. 1347 del CC), a la mera unión de hecho, chocando así frontalmente con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que vienen a decir que no es igual la unión de hecho que el matrimonio (STC 11 de diciembre de 1992), que la unión de hecho, aun generando una familia no equivale a una unión matrimonial, debiendo estarse a los pactos entre los convivientes (Sentencias de 11 de octubre de 1994 y 18 de febrero de 1993), que no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes voluntariamente lo excluyen (Sentencia de 21 de octubre de 1992); no se pueden aplicar a la unión de hecho preceptos matrimoniales de la sociedad

de gananciales (Sentencias de 24 de noviembre de 1994, 20 de octubre de 1994, 30 de diciembre de 1994 y 18 de marzo de 1995), y por lo que de advertencia supone, la de 4 de marzo de 1997, establece que los Organos Judiciales están vinculados a la ley, sin que puedan crear derecho so pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, en consecuencia de lo cual, en modo alguno se puede tener por constituida la sociedad conyugal; hubiese habido, en todo caso, una comunidad de bienes, si se hubieren acreditado las efectivas aportaciones de la demandada para la construcción de la vivienda, por lo que ésta tiene el carácter de privativo del padre de la actora, limitándose los derechos de la demandada hasta donde alcancen los de su condición de cónyuge —en segundas nupcias— de aquél.

2. *Cabe deducir que los convivientes mantuvieron voluntariamente un régimen de comunidad ordinaria de bienes cuando existieron cuentas corrientes indistintas donde ingresaban el producto de su trabajo y posteriormente sus respectivas pensiones de jubilación.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero.

El tema fundamentalmente discutido entre las partes es si el causante don Alberto y la ahora recurrente doña María, aunque no contrajeron matrimonio civil hasta el día 22 de abril de 1993, apenas tres meses antes del fallecimiento del primero, mantuvieron con carácter previo y durante muchos años una convivencia y unión de hecho *more uxorio* con trascendencia jurídica a los efectos de dilucidar las cuestiones debatidas en el presente incidente; tema o aspecto fundamental de la controversia que habrá de resolverse de acuerdo con la doctrina recogida en las Sen-

tencias de esta Sala de 22 de junio de 1994 y 31 de octubre de 1995 que, en concordancia con la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1991 y 9 de marzo de 1992, y con las del Tribunal Supremo de 18 de mayo y 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993, 30 de diciembre de 1994, 18 de marzo de 1995 y 4 de abril de 1997, ha declarado que la unión o pareja de hecho, caracterizada por la convivencia *more uxorio*, desarrollada en régimen vivencial de convivencia diaria, estable, con per-

manencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, constituye una realidad social a la que habrá de atenderse en términos de estricta justicia y por razones de equidad, si bien estas uniones de hecho no son situaciones jurídicamente equivalentes al matrimonio, lo que excluye, en términos generales, la posibilidad de aplicar las normas del matrimonio a las uniones de hecho por vía analógica (artículo 4.º del Código Civil), acudiendo la jurisprudencia para resolver los problemas dimanantes de estas uniones, bien a la posibilidad de pactar expresa o tácitamente el régimen ganancial o de comunidad de bienes (Sentencias de 21 de octubre de 1992 y 4 de abril de 1997) a la aplicación analógica de las normas de la comunidad ordinaria o de la sociedad irregular (Sentencias de 18 de mayo de 1992 y 18 de marzo de 1995) y la doctrina de enriquecimiento sin causa (Sentencia de 11 de diciembre de 1992).

En el supuesto enjuiciado el análisis conjunto y ponderado de la diversa prueba practicada, tanto en primera como en segunda instancia, conduce a la Sala a compartir la conclusión alcanzada por la juzgadora respecto a la existencia, entre los convivientes, de una unión de hecho, prolongada en el tiempo, estable y aparentemente análoga a la convivencia matrimonial, ya que ambos mantuvieron dos cuentas bancarias indistintas, la primera de las cuales fue abierta en el año 1972. Al comparecer ante Notario con fecha 30 de agosto de 1983 se indentificaron como esposos y manifestaron residir ambos en el mismo domicilio, pasando a residir luego en la vivienda adquirida en la aludida fecha. Y finalmente, la testifical practicada en

esta alzada, aunque resultó esclarecedora, vino a corroborar en cierta medida la realidad de la convivencia, al manifestar dos de los testigos que “siempre los veían juntos”, lo que implícitamente admitió en confesión doña Josefa, al responder a la posición primera en el sentido de que “estuvimos juntos pero no conviviendo”.

En definitiva, este conjunto de datos y circunstancias valorados con arreglo al modo normal de suceder las cosas y a la realidad social del momento, permiten concluir que los interesados, bien por la imposibilidad legal de obtener el divorcio antes del año 1981, bien por otras razones personales o familiares no precisadas después de aquella fecha, optaron por mantener una convivencia prolongada y estable sin vínculo matrimonial alguno, que sólo legalizaron, tras más de veinte años, en fechas próximas al fallecimiento de don Alberto; siendo presumible, a la vista de esta comunidad de vida, que ambos contribuyeron, primero con el producto de su trabajo y luego con sus respectivas pensiones de jubilación, no sólo a la subsistencia de la pareja, sino también a la adquisición de los inmuebles discutidos y a la formación de algunos ahorros; lo que permite concluir que mantuvieron voluntariamente un régimen de comunidad ordinaria de bienes tanto respecto a la vivienda adquirida por ambos en el año 1983, como respecto a la adquirida en 1992, aunque éste sólo aparezca formalmente comprada por doña Josefa, razones por las que en este fundamental aspecto debe confirmarse la sentencia apelada, que solamente excluyó del inventario la mitad indivisa de los susodichos inmuebles, por entender con acierto que ésta era la cuota o participación correspondiente a la demandante doña Josefa.

XII. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIASTICAS

1. *Hasta tanto no se otorgue eficacia civil a la sentencia de nulidad eclesiástica no puede producir efectos dentro del procedimiento matrimonial.*

AP TARRAGONA, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho.

El esposo instó demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria al haberse dictado sentencia de nulidad en los tribunales eclesiásticos.

En primer término debe señalarse que hasta que no se ejercite el derecho del juicio de *exequatur*, a que se refiere el artículo 80 del Código Civil, con remisión expresa del mismo al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia de nulidad canónica no puede producir efectos en el ordenamiento jurídico español, pues no debe olvidarse que dicho artículo 80 del Código Civil, sin precedentes en nuestro derecho anterior ni en el Concordato con la Santa Sede de 1953, es una plasmación positiva y consecuencia derivada del artículo VI del Acuerdo entre España y la Santa Sede de 3 enero

1979, según el cual los contrayentes, a tenor de las disposiciones del derecho canónico, “podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. *A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas a Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal competente, conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. De lo expuesto se desprende que, independientemente de que el Tribunal Eclesiástico haya acordado la nulidad matrimonial, hasta que no se dilucide el proceso de “*exequatur*” no se puede partir de la eficacia civil de dicha sentencia, ni menos a los efectos de la supresión de la pensión compensatoria o de la pensión alimenticia.

XIII. TEMAS PENALES

1. *Admitido por el denunciado que ha venido realizando trabajos esporádicos o inestables procede su condena por el delito de abandono de familia, sin que sea obstáculo para ello la circunstancia de que conviva con una tercera persona y haya tenido nueva descendencia.*

AP VALENCIA, Sec. 1.^a , Sentencia de 23 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Climent Durán.

El objeto del presente recurso de apelación consiste en determinar si, dada la situación de ruptura matrimonial, judicialmente decretada, entre acusadora y acusado, y fijada judicialmente una pensión mensual a cargo de éste para atender las necesidades de los hijos comunes, el impago total o parcial de tales pensiones, reiterado a lo largo de varios años, es imputable al acusado a título de un delito de abandono de familia por impago de pensiones, sancionado en el artículo 487 bis del Código Penal, o si, por el contrario, es preciso determinar, antes de exigir tal responsabilidad criminal, si el acusado podía o no podía pagar realmente tales pensiones, de manera tal que sólo cabría exigirle responsabilidad por el referido delito cuando se determinase con carácter previo que si el acusado no pagó fue porque, habiendo podido satisfacer las pensiones mensuales, no quiso malintencionadamente hacerlo, quedando reconducido así el juicio sobre la culpabilidad del acusado a la solución del problema acabado de plantear, que no es otro que el de determinar si concurría en aquél un estado de necesidad completo o incompleto como respectivas causas de justificación o de exculpación.

Conviene recalcar, a este respecto, que son elementos fundamentales de este delito: a) que el sujeto agente “deba pagar” las pensiones, por venir obligado a ello en virtud de un convenio judicialmente aprobado o de una resolución judicial, en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial y, a pesar de esa obligación de pago, la incumpla, desobedeciendo así ese mandato Judicial; b) que el sujeto agente “pueda pagar” tales pensiones, por tener razonables posibilidades económicas para ello, y c) que, pudiendo y debiendo pagar las pensiones, decida no pagarlas de manera reiterada. Con lo que es la decisión de no pagar, supuesta la obligación de pagar y la posibilidad efectiva de pagar, lo que determina la existencia del delito.

Para determinar si el acusado ha tenido posibilidad o no ha tenido posibilidad de pagar las pensiones mensuales debe partirse de un hecho cierto, cual es la fijación judicial del importe de tales pensiones, hecha en virtud de resolución dictada tras haber oído, contradictoriamente a las partes afectadas y tras haber sopesado los elementos probatorios aportados por las mismas, entre ellos los

ingresos económicos que cada uno de ellos posee, las atenciones que precisan los hijos comunes, y cualesquiera otros gastos ineludibles que cada uno de ellos pueda tener, etc. Como sea que *para fijar el importe de esas pensiones el juzgador ha atendido a las variadas circunstancias personales y económicas de cada una de las dos partes implicadas y de los hijos comunes, hay que presumir que, al haberse constatado judicialmente que el obligado al pago tiene posibilidad real de pagarlas, no existe razón ninguna para dejar de satisfacerlas puntualmente cada mes, a menos que se acredite alguna razón justificativa del impago, por lo que sobre el obligado al pago recae la carga probatoria de acreditar la razón que imposibilita el abono de las pensiones mensuales.*

La prueba de la imposibilidad de pagar las pensiones mensuales puede realizarse o bien de manera inmediata, recurriendo la resolución judicial en la que se ha fijado el importe de las pensiones mensuales a través de los recursos ordinarios —recurso de apelación—, o bien inmediatamente, tratando de modificar a posteriori —mediante un incidente de modificación de medidas— el montante de las expresadas pensiones mensuales por la aparición de nuevos hechos o circunstancias que no fueron tomadas en consideración al fijar el importe de las pensiones, o bien muy posteriormente, durante la sustanciación del proceso penal por un delito de abandono de familia por impago de pensiones, en cuyo seno cabe acreditar la concurrencia de nuevos hechos o circunstancias justificativos del impago de las pensiones, que suelen ser de aparición posterior al momento en que fueron judicialmente decretadas.

En suma, si el obligado al pago no ha actuado así, o si la prueba por él practicada no

ha justificado suficientemente la razón del impago, se confirma la presunción de que el mismo puede pagar las pensiones pactadas en el convenio regulador o fijadas judicialmente en la sentencia de separación o divorcio, con lo que habrá quedado afirmada la perpetración del delito de referencia. En este mismo sentido se han manifestado las Sentencias de este Tribunal, números 208/1993, de 16 de julio, y 371/1994, de 24 de octubre, y otras muchas posteriores.

En el caso enjuiciado aparece que desde que se produjo la separación y ulterior disolución matrimonial, mediante el correspondiente divorcio, el marido no ha pasado cantidad ninguna en favor de su ex esposa y, sobre todo, de su hijo común, incumpliendo reiteradamente el mandato judicial que dispuso el pago mensual de unas cantidades dinerarias acordes a sus posibilidades económicas. *Aun cuando el marido acusado ha afirmado que no ha obtenido ingresos económicos suficientes, y que incluso mantiene una relación estable con otra mujer, con la que ha tenido otro hijo, lo bien cierto es que ha admitido que viene realizando trabajos esporádicos o inestables, de los que viene viviendo él mismo y su actual compañera, y el hijo común. De tales ingresos, por muy pretendidamente escasos que sean, no ha tenido la menor voluntad de detraer una mínima parte para así ayudar al hijo habido en su anterior matrimonio: no se ha visto que haya tenido la menor voluntad de ayuda. Aquí radica el delito por el que ha sido condenado, y que ahora se confirma. No es que no haya justificado cuáles son sus ingresos reales, sino que de los ingresos que inevitablemente ha tenido, porque si no habría fallecido por inanición, no ha entregado la menor porción a su propio hijo.*

2. *La alegación de imposibilidad en el pago de la pensión hay que acreditarla y debe llevar aparejada la presentación de una demanda de modificación de medidas.*

AP MADRID, Sec. 5.^a , Sentencia de 13 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Arturo Beltrán Núñez.

Alega el recurrente que la sentencia impugnada no es ajustada a derecho por incurrir, en primer lugar, en error en la apreciación de la prueba ya que en el plenario se llevó a efecto prueba suficiente acreditativa de que D. José no abonaba las cantidades adeudadas por imposibilidad de satisfacerlas y no por un ánimo de incumplimiento, tal y como se demuestra por el hecho de que, el mismo, entregaba personalmente a los hijos cantidades a cuenta; pruebas que, de haberse valorado certeramente y en conjunción con la ausencia total de prueba de cargo, habrían motivado su absolución.

En primer término no es ocioso recordar que el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, otorga al juzgador la potestad para valorar y apreciar libremente la prueba practicada, pero es que, además, de la que consta practicada en las actuaciones queda acreditado fuera de toda duda que el acusado desde el año 1993 dejó de abonar la cantidad de 50.000 pesetas mensuales a su ex-esposa e hijos, cantidad a la que venía obligado por sentencia de divorcio de fecha 17 de Febrero de 1988, habiéndoles colocado por su incumplimiento, reiterado en el tiempo, en situación de penuria económica;

queda asimismo patente la ausencia total de prueba respecto a la alegada imposibilidad de pago por parte del imputado, a quien le corresponde acreditar tal estado, no siendo obligación de la acusación acreditar la existencia de causas justificativas o exculpatorias, sino de aquél que las alega.

Por lo que se refiere a la pretendida aplicación indebida del artículo 226 del CP y Jurisprudencia que le interpreta, parece basarla el recurrente en que no se dan los requisitos para poder apreciar la existencia del delito ya que además de exigirse el impago, el tipo exige que el obligado pueda abonarlas sin desatender sus necesidades personales, sobre ello, basta con remitirnos a lo ya consignado en el anterior fundamento, sin que, además, conste que el acusado haya instado la modificación de los efectos del divorcio, basando su "imposibilidad" en vagas y genéricas excusas, resultando, por el contrario, acreditado, como ya se ha dicho, el estado de necesidad en que se encontraba la familia habida cuenta de la enfermedad de D.^a Carmen y las necesidades familiares a las que debía hacer frente.

3. *A pesar de haberse acreditado que el acusado figura como titular de un camión con el que venía explotando su empresa de transportes, al constar en la documentación fiscal aportada que dicha empresa carece de ingresos, no procede condenar al demandado en base a esta única prueba indiciaria.*

AP LA CORUÑA, Sec. 2.^a, Sentencia de 10 de octubre de 1997.
Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Carmen Taboada Caseiro.

El acusado ha venido reiterando que carece de medios para hacer frente a dicha obligación, debiendo recordarse al efecto que, sobre la base del principio acusatorio, quien lleva la carga de la prueba es la acusación, de modo que *no basta al acusador con probar un simple hecho objetivo y fácilmente constatable, como es la falta de pago de la pensión, sino que además debe acreditar, al menos indiciariamente, que el agente cuenta con ingresos o medios económicos bastantes para atender los pagos a que viene judicialmente obligado, de forma que, al menos de esta manera, pueda inferirse, con la necesaria fehaciencia que se requiere en esta vía penal, que si no hace los pagos correspondientes es porque no quiere, con la consecuencia de traspasar al encausado la carga de probar la causa de por qué, pudiendo pagar, no lo ha hecho.*

Como ya expuso el juzgador *a quo*, de la documental aportada no se ha podido acreditar que el mismo sea receptor de ingreso regular alguno. *En la documentación relativa a la cuenta bancaria de la que es titular el acusado y su actual esposa, se refleja una serie de movimientos regulares, tanto de ingresos como liquidaciones, amortizaciones y pagos diversos, que sí que viene a permitir colegir una fuente de ingresos regulares por parte de los titulares; ahora bien, y como pone de manifiesto la sentencia apelada, y así lo expuso el acusado, los ingresos de la nueva unidad familiar formada por el acusado proceden, de su actual esposa.* Hubiera re-

sultado necesario, por lo esclarecedor para el hecho enjuiciado, que durante la instrucción de la causa se hubiese investigado la posición económica de su actual esposa, María José, y ver si la misma podía hacer frente al nivel de endeudamiento que refleja aquella cuenta (expresiva, por ej., de que se venía liquidando mensualmente un préstamo con unas cuotas de 111.222 ptas. cada uno).

La única circunstancia indiciaria de que el acusado viene trabajando aparece determinada por la titularidad de un camión, que ha sido embargado en este procedimiento y en otros procesos, camión con el que, y según las manifestaciones de la propia defensa, constituye el instrumento de trabajo del acusado, con el que venía explotando su empresa “V. de Transportes”, con lo que se puede colegir que viene desarrollando regularmente una actividad profesional, aunque no se haya podido constatar que ello genere ingresos, que resultan claramente negativos a la vista de la documentación fiscal que ha presentado, aunque justo es reconocer las dificultades que existen de poder acreditar estos extremos; nuevamente se vuelve a echar de menos una mayor investigación al respecto, oficiando a la Policía Municipal para que averiguara el nivel de trabajo de esta empresa, que permitiera inferir una determinada rentabilidad económica que, hoy por hoy, no ha resultado probada, ni siquiera indiciariamente, pues esta prueba indiciaria no puede ser única sino múltiple reiterando las dudas que surgen para afirmar, con la sufi-

ciente fehaciencia que requiere esta vía penal, la existencia de aquel elemento subjetivo del tipo del injusto definido, y que resultan incompatibles con un pronunciamiento

condenatorio, por lo que no procede otra resolución que la de ratificar la libre absolución del acusado, rechazando con ello el recurso de apelación interpuesto.

4. *Procede condenar por el delito de abandono de menores a los padres que no se ocupaban de dar alimentos ni atender convenientemente a su hija de 5 años.*

AP LAS PALMAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 6 de marzo de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Pilar Parejo Pablos

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de abandono temporal de menores, tipificado y penado en el art. 230 en relación con el 229.2 y 233.1 del CP. Valorada en conciencia la prueba tal y como postula el art. 741 de la LECrim, se llega a la conclusión de que los acusados desatendían a su hija menor. La declaración de la tía del acusado, hermana de la abuela patertera de la niña que tanto en el Juzgado de instrucción como en el plenario se ratifica en que vio que la niña estaba sola, en el garaje de la casa y les dijo que no le habían dado de comer y que su padre estaba durmiendo en el piso de arriba; el testimonio de la abuela en el Juzgado de instrucción que coincide con la versión de su hermana declarando que ella era la que alimentaba a su nieta y que se había marchado de su casa por los malos tratos que recibía de su hijo, a pesar de ser contraria a lo manifestado en el acto del juicio oral, explicándose este cambio en la declaración como un deseo lógico de ayudar a su hijo pero que no resulta convincente para este Tribunal; las propias declaraciones del acusado que reconoce que la comida de su hija se la facilitaba su madre así como que la niña se quemó con un cigarrillo y que tenía problemas con las drogas; las manifestaciones de la acusada que reconoce que consumía drogas; y las contradicciones que se aprecian a la hora de explicar cómo Alba se produjo las quemaduras, pues primero el padre dice que la

niña se le echó encima cuando él estaba fundando en la cama y luego los demás testigos manifiestan que el padre les dijo que la niña se quemó porque le dio con el cigarro que iba a tirar por la ventana; se consideran suficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que consagra el art. 24 de la CE.

Es evidente que durante el tiempo que la abuela de la niña se marchó de su domicilio la niña estuvo desatendida, pues los padres a sabiendas de que la abuela no estaba en casa no le dieron los alimentos necesarios a las horas habituales y se despreocuparon de ella.

Se considera que el abandono fue temporal pues cuando la abuela residía con el matrimonio, cabe la posibilidad que los padres se confiaran y pensaran que la niña estaba atendida por la abuela. No se considera sin embargo probado que Alba haya sido objeto de malos tratos habituales, no hay datos suficientes para considerar que las quemaduras se las produjeron de forma dolosa, más bien son compatibles con la dejadez y desinterés que los padres mostraban hacia la niña, lo que debe encuadrarse dentro de la figura del abandono. Por otra parte ni la abuela, ni la tía del acusado presenciaron que se produjeran agresiones y tan sólo manifiestan que oían llorar a la niña, sin que ello, por sí solo, sea suficiente para acreditar los malos tratos.

5. *La imposibilidad de pago alegada por el condenado no resulta probada, puesto que no constando que sufra limitación física o psíquica alguna para desempeñar algún trabajo remunerado tampoco ha acreditado que lo hubiese buscado sin éxito.*

AP LERIDA, Sec. 2.^a, Sentencia de 4 de junio de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Victoria Guinaldo López.

El hecho de que su situación económica a partir del año 1996 tal y como recoge el relato fáctico de la resolución impugnada no sea favorable no se erige en obstáculo para constituir el tipo imputado, sí en cambio para individualizar la pena a imponer.

Teniendo en cuenta su edad, nacido el día 13-V-56, y no constando que sufra limitación física o psíquica alguna para desempeñar un trabajo remunerado, no habiendo acreditado, ni siquiera alegado que lo hubiera buscado sin éxito, la imposibilidad de pago no resulta pues probada y no debe olvidarse que el acusado viene obligado a probar los hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se derive de lo imputado y probado (SS. 7 y 18-IV-94 y 15-II y 29-III-95 entre otras).

No habiendo acreditado el acusado al tiempo de cesar en sus obligaciones de pago,

una situación carencial motivada por circunstancias ajenas a él mismo —desempleo, enfermedad grave de él mismo o de algún familiar próximo— en términos tales que originare un conflicto grave actual al tiempo de los impagos que, únicamente pudiera resolverse incumpliendo el prioritario e imperativo deber de prestar alimentos a hijos menores, hace que se estime concurrente el elemento subjetivo, no pudiendo invocarse para excluir situaciones de crisis económicas desencadenadas por el propio acusado que ni pagó ni hizo uso —salvo al tiempo de interponer demanda de divorcio y sin éxito— de los mecanismos por él ya conocidos posibilitadores de una modificación cuantitativa de la obligación alimenticia cuando se produce y se acredita una variación sustancial que se tuvieron en cuenta al tiempo de su determinación.

DERECHO COMPARADO

EL DIVORCIO EN GRAN BRETAÑA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. RESEÑA HISTORICA.
 - II. FAMILY LAW ACT 1996.
 - 1. **Principios de la nueva Ley.**
 - 2. **Causa de divorcio.**
 - III. PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO.
 - 1. **Divorcio undefended.**
 - 2. **Divorcio defended.**
 - IV. MEDIDAS DE CARACTER ECONOMICO.
 - V. ATRIBUCION DEL DOMICILIO FAMILIAR.
 - 1. **Una digresión acerca de los Trusts.**
 - 2. **Facultades discrecionales del Tribunal en relación con la vivienda conyugal.**
 - VI. VIOLENCIA DOMESTICA Y PROHIBICION DE MOLESTAR.
 - VII. PROHIBICION DE DIVORCIARSE.
 - VIII. CONSIDERACIONES FINALES.
-

I. RESEÑA HISTORICA

Desde los tiempos de Enrique VIII⁽¹⁾ hasta la reforma legal de 1857, el Parlamento era el único que podía conceder un divorcio en Inglaterra⁽²⁾. El fundamento tradicional era siempre el adulterio, y se exigía además que el peticionario hubiera obtenido previamente una sentencia eclesiástica de separación *a mensa et thoro*.

Las críticas a que dio lugar este sistema, cuyos altos costes y dilaciones sólo lo hacían accesible a la aristocracia, trataron de solventarse con la “Ley de Causas Matrimoniales 1857”, que creó el Tribunal de Divorcios y Causas Matrimoniales, con jurisdicción para disolver los matrimonios. La causa de la disolución seguía siendo el adulterio: adulterio simple, si lo había cometido la mujer, y cualificado por circunstancias de crueldad, abandono, raptó, sodomía, incesto, u otras análogas, si lo había cometido el marido.

Con la Ley de 1937 se admitieron tres nuevas causas de divorcio: crueldad, abandono familiar durante tres años, y enfermedad mental. La inclusión de esta última supuso ya un principio de abandono del concepto tradicional del divorcio culpable, y la admisión del divorcio por causa fortuita fundado en que la convivencia conyugal se había hecho humanamente intolerable, aunque por motivos difíciles de imputar a ninguno de los cónyuges.

La reforma de la Ley de Divorcio de 1969 consagró el nuevo punto de vista. El divorcio ya no era la sanción por una ofensa hecha al cónyuge inocente, sino el reconocimiento de que el matrimonio ha fracasado y de que no hay esperanzas razonables de recuperarlo.

(1) La introducción del divorcio en Inglaterra y el papel arbitral asumido por el Parlamento en esta materia, estuvieron históricamente unidos a la reforma religiosa de Enrique VIII y a sus problemas matrimoniales. En 1533 el Parlamento promulgó una ley (Act) prohibiendo apelar a Roma las causas matrimoniales; al año siguiente ratificó la sentencia dada por Crammer, futuro canciller y a la sazón arzobispo de Canterbury, anulando el matrimonio del rey con Catalina de Aragón, hija de los Reyes Católicos. El segundo enlace regio, con Ana Bolena, madre de la futura reina Isabel I, quedó roto como es sabido por un procedimiento contundente: la decapitación. La tercera esposa, Jane Seymour, para quien siempre guardó el rey sentimientos afectuosos, murió de muerte natural. Anne de Cleves fue apartada por divorcio, que ratificó el Parlamento. Catherine Howard, quinta esposa, fue condenada a muerte y ejecutada. La sexta y última esposa, Catherine Parr, sobrevivió al monarca.

(2) Nos referimos a Inglaterra y Gales, que están unidos desde 1535. En 1707 se unió Escocia para formar Gran Bretaña, pero conservando sus propias instituciones jurídicas. Concretamente Escocia tiene una regulación especial, la *Family Law (Scotland) Act, 1985*, de la que no nos ocupamos en esta nota.

Consecuencia de la nueva manera de ver las cosas fue reconocer un solo fundamento para el divorcio: la ruptura matrimonial irreparable⁽³⁾.

II. FAMILY LAW ACT 1996

Como reza su título, la ley vigente no se propone regular solamente el procedimiento de separación o divorcio, sino la problemática global de la familia en crisis. La Ley tiende en principio, más que a facilitar el divorcio, a ayudar a los cónyuges para que puedan superar sus problemas de convivencia, reservando el divorcio para aquellos casos en que la ruptura sea verdaderamente seria e irreparable.

La Ley está dividida en cinco partes. La primera enuncia los principios inspiradores del divorcio o separación. La segunda desarrolla la materia de la separación o divorcio. La tercera se ocupa de las ayudas legales para la mediación en temas de familia. La cuarta, del domicilio familiar y de la violencia doméstica. Y la quinta, de aspectos complementarios de carácter técnico.

1. Principios de la nueva Ley.

Los principios generales del divorcio en la nueva Ley son los siguientes:

- La institución del matrimonio debe protegerse.
- Cuando el matrimonio está roto, hay que estimular a los cónyuges, mediante consejeros matrimoniales o de otra forma, para que salven el matrimonio.
- Si la ruptura del matrimonio es irremediable, debe disolverse aquél: con el mínimo trastorno para los cónyuges y para los hijos; promoviendo una buena y constante relación entre los cónyuges y sus hijos; sin costes procesales excesivos.

2. Causa de divorcio.

De acuerdo con la tradición legislativa antes aludida, la nueva ley sólo reconoce una causa común para la separación y el divorcio: que el matrimonio esté irremisiblemente roto.

⁽³⁾ A pesar del propósito declarado de reducir a una sola todas las causas de divorcio, la realidad era que el demandante tenía que probar hechos demostrativos de la ruptura matrimonial. Y estos hechos, de acuerdo con los precedentes, venían a resolverse en las tradicionales causas de: adulterio; abandono por un período mínimo de dos años; separación de hecho consentida por ambos cónyuges durante el mismo período de dos años; y separación de hecho durante más de cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda. La Ley actualmente en vigor, de 1996, da un concepto distinto de ruptura matrimonial, reconocido por los propios cónyuges tras un período de reflexión.

La novedad de la Ley es involucrar a los propios cónyuges en la responsabilidad de afirmar que su matrimonio está roto, pero asegurándose de que han sido informados de las consecuencias y efectos del divorcio, y han tenido un tiempo de reflexión para formarse un criterio serio y madurado acerca del mismo.

III. PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO

Al igual que otros ordenamientos, la Ley inglesa regula de distinta manera el divorcio consensual (*undefended*) y el procedimiento contencioso (*defended*).

1. Divorcio *undefended*.

El divorcio *undefended* es un procedimiento de naturaleza administrativa. No requiere comparecencia de los cónyuges ante el Tribunal (puede hacerse por correo). La petición se formula ante el *County Court* del domicilio, o ante el *Principal Registry* si es en Londres. Normalmente el divorcio *undefended* tarda alrededor de seis meses. Primero se obtiene un divorcio provisional (*a decree nisi*) y, pasados seis meses y a petición de parte, el divorcio definitivo (*a decree absolute*).

2. Divorcio *defended*.

Del divorcio contencioso conocen los *County Courts* y la *Family Division of the High Court*, que normalmente asume la competencia en casos complicados.

El Tribunal examina de oficio su competencia en función del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. Una vez admitida la competencia, el Tribunal no la pierde por posteriores cambios de domicilio o residencia.

El procedimiento de divorcio se inicia con una petición formularia de separación o divorcio⁽⁴⁾.

El cónyuge o cónyuges solicitantes ha debido mantener previamente reuniones informativas con un consejero matrimonial independiente y sin interés

⁽⁴⁾ Como ya hemos dicho, la causa es la misma para la separación y el divorcio. Pedir una cosa u otra es hasta cierto punto discrecional del solicitante. Pero hay veces en que éste sólo puede pedir la separación (o si ésta ya se ha obtenido, no puede pedir su conversión en divorcio). Esto ocurre cuando el Tribunal ha prohibido el divorcio; cuando no han transcurrido dos años de matrimonio; y cuando hay hijos menores de diez y seis años, salvo que la relación sea tan conflictiva que se haya dado una orden de no molestar al solicitante o a cualquiera de los hijos, y en general, cuando el Tribunal aprecie que cualquier retraso en divorciar a los cónyuges redundará en perjuicio de la familia.

en el asunto⁽⁵⁾. En estas reuniones el cónyuge o cónyuges, que quieren divorciarse, reciben consejos e información sobre ayudas al matrimonio (*marriage support services*); sobre la importancia de tener en cuenta el bienestar, los deseos y los sentimientos de los hijos; sobre la forma de ayudar a los hijos a superar las consecuencias de la ruptura matrimonial; sobre los problemas económicos que conlleva la separación y el divorcio y las ayudas con que puede contarse; sobre los medios de protegerse contra la violencia y la forma de recabar esta protección; sobre la mediación, el asesoramiento legal gratuito y otras ayudas legales; y sobre los detalles del proceso legal de separación o divorcio.

Para los cónyuges carentes de medios económicos estas reuniones y asesoramientos son gratuitos.

La pieza fundamental de la demanda es la declaración escrita que debe hacer el cónyuge o cónyuges demandantes de que su matrimonio está destruido (*statement of marital breakdown*). Esta declaración se llama en la terminología forense, simplemente, *the statement*. La declaración incluye también el extremo de que el firmante conoce la finalidad del *período de reflexión y consideración* al que ha de someterse, y la voluntad de dejar arreglados para el futuro los problemas familiares pendientes.

Hecha la declaración antes referida (*statement*), se abre un período (*period of reflection and consideration*) durante el cual los cónyuges han de reflexionar sobre si el matrimonio puede salvarse y, en su caso, sobre la forma de arreglar o planificar el futuro de la familia.

Este período es de nueve meses y dos semanas, contados desde la fecha de recepción de la declaración⁽⁶⁾. El plazo puede ser prorrogado por seis meses. La

(5) El mediador es designado por un órgano o comité asesor (*the board*) y actúa con sujeción a un código deontológico profesional. Debe asegurarse de que los cónyuges acuden de forma voluntaria y no bajo la influencia de miedo, violencia u otras amenazas. También debe asegurarse de que es razonablemente posible llegar a una conciliación, así como de que los cónyuges han contado con un asesoramiento legal independiente.

Habiendo hijos, el código ético del mediador exige que procure el beneficio de los hijos, y darles entrada en el proceso de mediación para que expresen sus deseos y sentimientos.

La ley contiene una regulación detallada del pago al mediador y de las dispensas de pagos.

El mediador ha de actuar en todo caso de acuerdo con las directivas dadas por el Lord Canciller, quien, aparte de presidir la Cámara de los Lores, es cabeza suprema de la Justicia en Gran Bretaña.

(6) No está clara la razón de un plazo tan raro como éste de nueve meses y dos semanas. Quizás el legislador inglés ha querido aprovechar el tiempo de reflexión para despejar la incógnita de un posible embarazo de la mujer en trance de divorciarse.

ley regula con minuciosidad los casos en que procede la prórroga, la forma de computar el plazo, y los casos en que se da por finalizado antes de tiempo.

La planificación de la familia tras el divorcio puede quedar plasmada:

- En un convenio que contenga las cláusulas financieras acordadas por ambos cónyuges;
- En una declaración conjunta de que han logrado esos acuerdos;
- En una declaración unilateral de que no hay bienes y que el declarante cree que su cónyuge no tiene intención de pedir ayuda financiera y por tanto no ha lugar a concluir ningún acuerdo;
- En una orden judicial estableciendo las medidas económicas y financieras.

En determinados casos el Tribunal puede dispensar al solicitante de llegar a acuerdos previos con el otro cónyuge sobre temas económicos, y conceder la separación (*order of separation*) o el divorcio (*order of divorce*), dejando para después la adopción de las medidas que le hayan sido solicitadas⁽⁷⁾.

(7) Por contraste, el art. 51 de nuestro Código Civil, simplemente ordena que se tomen las medidas económicas y de otro tipo “en las sentencias de separación o divorcio, o en ejecución de las mismas”, sin especificar bajo qué circunstancias o en qué casos puede el Juez de familia aplazar para ejecución de sentencia la adopción de las medidas. Un caso claro sería cuando habiéndose formulado incidente de oposición a las medidas provisionales, quedan los autos principales conclusos para sentencia antes de haberse terminado la tramitación del incidente de oposición. Pero podría haber también otros casos que justificasen el aplazamiento, en particular los relacionados con la insuficiencia de las pruebas. En todo caso no creemos que el art. 91 plantee la disyuntiva en términos de todo o nada, y por consiguiente, podría aplazarse para ejecución la adopción de alguna medida aislada, tomando las restantes en la sentencia.

Los casos de posposición de medidas en la Ley inglesa son los siguientes:

— Cuando el solicitante ha pedido al Tribunal que no le imponga ninguna carga financiera, y la parte contraria retrasa u obstruye los requerimientos del Tribunal, impidiendo acceder a la información necesaria para determinar la posición financiera de las partes.

— Cuando el solicitante, durante el período de reflexión, ha hecho por su parte todo lo necesario para llegar a un acuerdo económico, pero ha sido imposible lograrlo debido a accidentes, mala salud o incapacidad del solicitante, de la parte contraria, o de algún hijo, siempre que el Tribunal estime que de retrasarse la decisión pueden producirse perjuicios para el bienestar de cualquiera de los hijos o de la familia, o perjuicio grave al propio solicitante.

— Cuando al solicitante le ha sido imposible localizar a la parte contraria; y

— Cuando tras varios intentos de acuerdo el solicitante no lo ha conseguido, y se estima improbable que lo vaya a conseguir en un futuro próximo, si del retraso pueden seguirse perjuicios para la familia o los hijos, o un perjuicio grave para el solicitante.

IV MEDIDAS DE CARACTER ECONOMICO

Las medidas judiciales de contenido económico pueden consistir:

- a) En imponerle a una parte la obligación de pagarle a otra persona pagos periódicos durante el tiempo que se indique (*periodical payments order*);
- b) En imponerle la obligación de constituir una garantía suficiente para asegurar tales pagos periódicos (*secured periodical payments order*).
- c) En imponerle la obligación de pagar una suma de dinero a tanto alzado (*order for the payment of lump sum*).
- d) En imponerle la obligación de transferir a la otra parte o a algún hijo un bien de su propiedad.
- e) En imponer sobre la propiedad cualquier carga o limitación en beneficio de la otra parte o de los hijos.
- f) En modificar, extinguir o reducir los derechos de una de las partes, derivados de acuerdos de los cónyuges, en beneficio de la otra parte o de los hijos.

Si la carga que se impone es el pago de un capital en efectivo, pueden fijarse plazos e intereses del aplazamiento.

Estas medidas se pueden tomar de una sola vez para ambas partes, o en momentos diferentes. Pero no se puede dictar más de una orden concerniente a los pagos periódicos o a la entrega de un capital en efectivo.

El Tribunal puede fijar a favor de los hijos una pensión alimenticia (*interim periodical payments order*), o la entrega de una suma de dinero a la otra parte o al hijo (*interim order for the payment of a lump sum*).

Aparte de las pensiones o pagos periódicos, el Tribunal puede recortar la pensión de un cónyuge en favor del otro, aunque aquella provenga de un *trust*, si se dan determinadas condiciones.

V. ATRIBUCION DEL DOMICILIO FAMILIAR

La Ley dedica la parte IV a regular el domicilio familiar. La regulación es compleja debido a las peculiaridades del *Common Law* en materia de propiedad. Es imposible comprender las modificaciones que puede sufrir el derecho de propiedad como consecuencia del divorcio sin decir algunas palabras sobre el *trust*, institución del *Common Law* que sirve para proteger a quienes sin ser los verdaderos propietarios legales tienen un interés legítimo sobre la cosa que debe protegerse *erga omnes*.

1. Una digresión acerca de los Trusts.

La concurrencia de diversas propiedades sobre una misma cosa ha estado influida en el *Common Law*, por el hecho de que históricamente sólo la Corona podía ser dueña de la tierra. El terrateniente, más que dueño, lo que tenía era un interés en el disfrute temporal de la tierra. Y a este interés se le llama un *estate*. Aunque, a efectos prácticos, el *estate* se identifica con la finca, en realidad se trata de una construcción o concepto jurídico.

Sobre un mismo inmueble pueden existir diversos *estates* concurrentes.

El caso más notable de superposición de dos tipos de propiedad sobre la misma cosa es el *trust*. Dentro de un *trust* se articulan o combinan: un *legal estate*, perteneciente al *trustee*, y un *beneficial estate* (o *beneficial interest*, según se prefiere decir hoy), perteneciente al beneficiario o beneficiarios del *trust* ⁽⁸⁾.

El *trust* puede nacer de un acto voluntario del fundador (*settlor*), que entrega al fiduciario (*trustee*) determinados bienes para que los administre y destine

⁽⁸⁾ El *trust* no tiene parangón con ninguna figura conocida de nuestro Derecho. En cierta forma el *trustee* es un fiduciario o administrador de confianza, pero se diferencia del simple administrador en que detenta un tipo de propiedad especial (*trust property*) sobre los bienes. Sin embargo, tampoco es un propietario aparente o mero testafarro, sino un verdadero propietario, aunque de bienes afectos al cumplimiento de determinados fines.

El desdoblamiento de propiedades típico de los censos tampoco refleja bien lo que es un *trust*, pues el *trustee* no es titular de un dominio útil ni ha de pagar canon al fundador o a los beneficiarios del *trust*.

Cierto parecido hay con el antiguo *fideicomisum* testamentario, en cuya virtud el testador hacía llegar bienes a través de un fiduciario interpuesto a personas que directamente no podían recibirlos, por no tener la ciudadanía romana, por ser personas inciertas, o por cualquier otra razón. Pero también aquí la coincidencia con el *trust* es sólo aparente, pues el fideicomiso no reconoce dos propiedades concurrentes sobre la misma cosa, sino dos propiedades que se suceden en el tiempo, de forma que el fideicomisario no tiene una propiedad especial sobre los bienes, sino la plena propiedad de los mismos a partir del momento en que le son entregados por el fiduciario, y antes de ese momento no tiene propiedad de ningún tipo sino sólo una expectativa.

Asimismo el *trust* se diferencia de la *fiducia cum amico* en que, entre nosotros, si el testafarro traiciona la confianza en él depositada, lo único que puede intentar el verdadero dueño es reivindicar su propiedad probando el carácter simulado o aparente de la propiedad de que fue investido el fiduciario; en tanto que el incumplimiento por el *trustee* de sus obligaciones permite a los beneficiarios exigir el cumplimiento judicial forzoso, pero no deshacer el *trust*.

Aunque los bienes del *trust* son bienes afectos a un fin, al igual que ocurre con los bienes de una *Fundación*, no puede decirse que haya paralelismo entre ambas instituciones. Basta observar que el *trust*, a diferencia de la *Fundación*, carece de personalidad jurídica, y que los beneficiarios de la *Fundación*, a diferencia de los beneficiarios del *trust*, no tienen ningún derecho de propiedad sobre el patrimonio fundacional.

a finalidades prefijadas, en beneficio de otras personas llamadas los beneficiarios (uno de los cuales puede ser el propio *trustee*). En tal caso el *trust* se denomina *express trust*. Pero también puede venir impuesto por la Ley o por los Tribunales de equidad, para corregir ciertas situaciones injustas que los juristas continentales acostumbramos a llamar cuasicontractuales; en cuyo caso decimos que hay un *implied, resulting, o constructive trust*.

El *trust* convencional (*express trust*) cumple una variedad de fines en el campo social y en el mercantil. Pero lo que aquí interesa son sus aplicaciones en relación con la familia. El *trust family* suele constituirse en virtud de acuerdo o capitulación matrimonial (*marriage settlement*), por el que el donante entrega al *trustee* determinados bienes o un capital para el sostenimiento del matrimonio, en su caso del cónyuge que sobreviva, y finalmente para su reparto entre los hijos, inmediatamente o al alcanzar determinada edad. También se usan *trusts* para garantizarle el sustento y la educación a hijos que tengan alguna incapacidad o minusvalía, y en general, cuando el benefactor no confía en que el beneficiario vaya a administrar bien los bienes que le deja.

Los *resulting, implied, y remedial constructive trusts* se dan con frecuencia en los pleitos de divorcio en relación con el domicilio conyugal⁽⁹⁾.

Un ejemplo frecuente de *resulting trust*, es cuando la vivienda familiar comprada por uno de los esposos, ha sido pagada en todo o en parte con el dinero del otro. En tal supuesto, el Tribunal puede declarar que el cónyuge propietario de la vivienda es un *trustee* encargado de venderla (con facultad de posponer la venta) y de repartir el precio en las proporciones que indique el *beneficial interest* reconocido por el Tribunal al cónyuge no titular⁽¹⁰⁾.

Los Tribunales han apreciado *implied trust* cuando en la compra de la vivienda conyugal los cónyuges tuvieron la intención de adquirirla para los dos, si bien se puso a nombre de uno de ellos por las razones que fueran. Esta intención no puede inferirse a menos que el cónyuge no titular haya incurrido en algún

⁽⁹⁾ La terminología no es muy uniforme. A veces se usan indistintamente las denominaciones *resulting, implied o constructive trust*, para designar cualquier *trust* que no es expreso. Otras veces se utiliza el *implied trust* como categoría genérica que comprende tanto el *resulting trust* como el *constructive trust*. El *resulting trust* suele a su vez dividirse en dos categorías: *presumed resulting trust* y *automatic resulting trust*.

⁽¹⁰⁾ No se crea, sin embargo, que cualquier inversión que haga un cónyuge en la propiedad del otro da lugar a un *resulting trust*. El principio es justamente el contrario, es decir, que no toda inversión o mejora hecha en los bienes del otro cónyuge le convierte en copropietario de equidad de dicho bien. Para que ello ocurra es preciso un acuerdo expreso, o una común intención deducida de las circunstancias o de los propios actos de los esposos (doctrina del *estoppel*). Incluso la contribución al pago del precio se ha estimado insuficiente para originar un *resulting trust* cuando el Tribunal aprecia que los pagos se hicieron a título de liberalidad o en concepto de préstamo.

sacrificio económico sólo explicable bajo la creencia de que la vivienda era para los dos. Ejemplos típicos de estos sacrificios económicos son haber contribuido con fondos propios a la entrada inicial de la vivienda o al pago de cuotas de la hipoteca.

Al *remedial constructive trust* se acude por motivos de equidad para corregir situaciones de enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro. A diferencia de otros países del *Common Law*, el Derecho inglés parece mostrarse restrictivo en la admisión del *constructive trust* por razones de equidad si no aprecia intención en los esposos de tener la vivienda en común, y si el cónyuge no titular no ha invertido o trabajado en beneficio de la propiedad del otro⁽¹¹⁾.

Aunque por sencillez expositiva hemos considerado la existencia de un *trust* implícito, deducido o construido en beneficio del cónyuge no titular, bajo el supuesto de que el propietario de la vivienda era el otro cónyuge, también puede reconocerse un *trust* implícito cuando la vivienda familiar sea propiedad conjunta de ambos cónyuges. En tales casos, el Tribunal puede modificar o corregir con motivo de la separación, nulidad o divorcio, las participaciones o

(11) También ha sido renuente a admitir *trusts* cuasicontractuales, al menos hasta la Ley actual, cuando se ha tratado de parejas no casadas. Para estos casos ha tenido más éxito la vía de que había habido un contrato presunto de cesión total o parcial de la propiedad. Por ejemplo, en *Tanner v. Tanner* (1975, WLR 1341) el actor había comprado una casa para que la ocupase la demandada y las dos hijas gemelas nacidas de su relación con ella. Rota la relación, el actor reivindicó la vivienda alegando que la demandada la ocupaba en precario, por mera tolerancia suya. El Tribunal estimó que la demandada tenía derecho a ocupar la vivienda en tanto que los hijos estuviesen en edad escolar o mientras no se dieran circunstancias que hicieran poco razonable seguir ocupándola. En cambio, en *Layton v. Martin* (1986, F.L.R. 227) se desestimó la pretensión de ocupar la vivienda una mujer que había sido compañera durante trece años del propietario fallecido, cuya relación se había iniciado porque este último le ofreció que si vivía con él le daría estabilidad emocional en vida y ayuda financiera a su muerte.

Una tercera vía, distinta del *trust* y del contrato presunto, es la del *estoppel*, regla de derecho que impide negar lo que antes se ha afirmado, o según nuestra terminología actual, ir contra los propios actos. Esta doctrina es prometedora en el campo de las relaciones no matrimoniales. Por ejemplo, en *Pascoe v. Turner* (1979, W.L.R. 431) el demandado y la actora habían vivido durante muchos años juntos. El formó luego otra pareja y le dijo a la demandada que la casa y todo su contenido eran suyos. Sobre la base de esta declaración, ella hizo sustanciales mejoras en la casa y compró muebles en los que gastó una buena parte de su escaso capital. El Tribunal apreció que aunque no se había formalizado el derecho, había un *equitable estoppel* (como demostraba la conformidad y aquiescencia del compañero a los gastos por ella realizados) y que este *estoppel* sólo podía satisfacerse, en este caso, transfiriéndole a la demandada el *legal estate* de la vivienda.

cuotas legales de cada uno⁽¹²⁾. Si los *trustees* no se ponen de acuerdo sobre el momento y las condiciones de la venta, el Tribunal tiene amplios poderes discrecionales (“*make such order as it thinks fit*”) para autorizarla, denegarla en interés de la familia, o aplazarla. La decisión dependerá de si hay o no hijos menores o necesitados, de la razón de la venta (si es para pagar a los acreedores de uno de los cónyuges o por otra razón)⁽¹³⁾, y motivos análogos.

El reconocimiento de un *beneficial interest* implícito puede chocar con el interés de un tercer adquirente del *estate*. Las reglas del *Common Law* para resolver este conflicto son complicadas y naturalmente no podemos dar cuenta detallada en esta breve nota. En general, la *Land Registration Act 1925* hace inoponible frente al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, el *beneficial interest* del cónyuge que en el Registro no aparece como propietario. Pero en ocasiones se ha hecho prevalecer el derecho del cónyuge no titular sobre el del comprador de la vivienda, si aquél la ocupaba de hecho y el adquirente no tuvo una mínima diligencia para averiguar la situación posesoria que le hubiese alertado de la existencia de un copropietario de equidad.

2. Facultades discrecionales del Tribunal en relación con la vivienda conyugal.

La Ley empieza por declarar el derecho que tiene el cónyuge para permanecer o volver a la vivienda familiar propiedad del otro cónyuge, ya porque a

⁽¹²⁾ Para comprender lo dicho en el texto, conviene saber que el *Common Law* admite las dos formas tradicionales de copropiedad que nosotros llamamos copropiedad *germánica*, en *mano común* o *sin cuotas* (*joint tenants*), la cual tiene en Gran Bretaña la importante peculiaridad de que, muerto uno de los copropietarios, la propiedad entera acrece al sobreviviente; y la copropiedad *de tipo latino* o *con cuotas* (*tenants in common*), en la que la parte del premuerto pasa a sus herederos.

Si los cónyuges son *joint tenants* de la vivienda familiar y se están separando o divorciando, es lógico que quieran convertir la mancomunidad (*joint tenancy*) en una copropiedad con cuotas determinadas (*tenancy in common*), pues podría suceder que si muriese uno de ellos la casa pasase a ser propiedad exclusiva del cónyuge del que se está divorciando.

A falta de acuerdo, la conversión de un *joint tenancy* en un *tenancy in common*, exige, de acuerdo con la *Law of Property Act 1925*, notificación escrita al otro, o actos concluyentes de que la copropiedad se mantiene como *tenancy in common*.

Lo que el texto indica es que con motivo del divorcio la *tenancy in common* sobre la vivienda familiar puede ser transformada por el Tribunal en un *trust for sale*, en el que los *trustees* serán los mismos esposos o la pareja de hecho propietaria, pero donde el *beneficial interest* de cada uno en el *trust* es distinto de la proporción en que eran copropietarios.

⁽¹³⁾ La *Insolvency Act 1986* hace primar el interés de los acreedores en que se venda la casa, sobre el interés de los hijos en que no se venda para poder continuar utilizándola como vivienda familiar. Como era de esperar, hay sobre este punto mucha controversia.

aquél le haya reconocido el derecho a ocuparla, ya porque dicho derecho derive de un contrato (presunto), o de un *beneficial estate*.

Este derecho del cónyuge no propietario se denomina “derecho matrimonial a la vivienda” (*matrimonial home rights*).

Si la vivienda pertenece a un *trust*, el derecho matrimonial a ocuparla se entenderá que forma parte de las cargas del *trust*, y el cónyuge no propietario puede subrogarse en el cumplimiento de las obligaciones que conciernan al cónyuge propietario para la conservación de la vivienda, sin perjuicio de repetir lo pagado contra el cónyuge deudor.

Los derechos matrimoniales de los que estamos tratando no se aplican a bienes distintos de la vivienda familiar.

Tales derechos duran lo que dure el matrimonio, o en su caso lo que dure el derecho del cónyuge titular de la vivienda. Pero incluso en este último caso el derecho del cónyuge no titular puede quedar como una carga del *trust* después de muerto el cónyuge titular.

La decisión judicial por virtud de la cual al cónyuge no titular se le reconoce el derecho a ocupar la vivienda familiar (*occupation orders*), además de vincular al *trustee*, puede acarrear la revocación de las facultades que el otro cónyuge tuviera para designar por sí solo a los beneficiarios que hayan de sucederle en el *trust*. Sin embargo, la pervivencia del derecho a la vivienda con cargo al *trust*, después de fallecido el cónyuge beneficiario, no opera si hay otros beneficiarios vivos o aún no nacidos.

La atribución judicial de la vivienda (*occupation orders*) puede imponer derechos y obligaciones colaterales: la obligación del demandado de permitir que el solicitante vuelva o permanezca en parte de la vivienda; regular su ocupación por ambas partes; limitar, suspender, o prohibir el derecho del cónyuge titular a la vivienda; hacer cesar dichos derechos; obligar al demandado a desalojar la vivienda o parte de ella; y excluirle de un área definida de la misma.

Para tomar la decisión, el Tribunal valorará las necesidades de vivienda y los recursos de cada parte y de los hijos; los ingresos respectivos; los efectos sobre la salud y el bienestar de las partes y de los hijos; la conducta de los cónyuges entre sí y con los demás; el tiempo que ha durado la convivencia; el tiempo transcurrido desde que se anuló o disolvió el matrimonio, o desde que el solicitante abandonó la vivienda familiar.

También tomará en cuenta el derecho del cónyuge titular y las cargas financieras o ajustes patrimoniales ya impuestos.

El reconocimiento del derecho a ocupar la vivienda pueden pedirlo asimismo los convivientes de hecho, actuales o pretéritos (*cohabitant or former cohabitant*). Pero ha de tratarse de un hombre y una mujer que convivan *more uxorio*.

También pueden pedir el uso de la vivienda común, los parientes y los prometidos que la hubiesen compartido; los hijos; y cualquier persona que hubiese vivido en la casa, a no ser que fuera como empleado, huésped o pensionista.

Por último, el Tribunal, al dictar la *occupation order*, puede imponer al cónyuge titular de la vivienda la obligación adicional de hacer pagos periódicos. También tomará previsiones respecto al uso y conservación del mobiliario y de la propia vivienda.

VI. VIOLENCIA DOMESTICA Y PROHIBICION DE MOLESTAR

Complementario de la *occupation order*, es la orden de no molestar (*non-molestation order*) que el Tribunal puede imponer de oficio o a instancia de parte.

Al igual que con la vivienda familiar, la orden judicial de no molestar pueden impetrarla los casados, los convivientes, y los demás miembros de la familia. El Juez la toma de oficio cuando aprecia que la conducta de la persona a la que va dirigida la orden representa un peligro para el solicitante o sus hijos; o que el solicitante puede ser disuadido por miedo de continuar el juicio; o que hay motivos para creer que el destinatario de la orden está dilatando el procedimiento en perjuicio del solicitante o sus hijos.

La orden de no molestar puede ser general o específica para determinados actos molestos, o las dos cosas.

Puede dictarse por un tiempo determinado o hasta nueva orden.

Si la orden dimana de un proceso matrimonial queda sin efecto si se desiste o archiva el proceso.

La persona contra la que se dicta la orden ha de ser oída, pero no necesariamente con carácter previo.

Si la persona que recibe la orden amenaza o ejerce violencia contra el solicitante o sus hijos, el incumplidor será arrestado y puesto a disposición judicial en el plazo de 24 horas. El Tribunal puede levantar el arresto si la parte afectada garantiza a su satisfacción el cumplimiento de la orden. Pero puede también ordenar una prisión preventiva (*remand in custody*) de hasta ocho días, o una libertad bajo fianza (*on bail*), para comparecer de nuevo ante el Tribunal al cabo de ese tiempo, con posibilidad de que pueda volver a ordenarse prisión preventiva.

VII. PROHIBICION DE DIVORCIARSE

No todos los matrimonios pueden divorciarse. El Tribunal al que se pide el divorcio puede prohibirlo, a petición de la otra parte, dictando lo que se llama

un *order preventing divorce*, siempre que estime que el divorcio va a ser perjudicial al matrimonio, para la parte contraria, o para los hijos.

La prohibición de divorciarse puede ser levantada por cambio de circunstancias. También puede limitarse por anticipado su revisión al cumplimiento de determinadas condiciones.

Mediante la prohibición de divorciarse el Tribunal dispone de un instrumento que le permite anteponer el bienestar de los hijos a la conveniencia, la frivolidad, o el egoísmo de los padres. En general la Ley insiste en que en todo proceso de divorcio o de separación en que haya hijos, se proteja prioritariamente a estos últimos (*the Court shall treat the welfare of the child as paramount*).

Si los hijos son menores de 16 años, o aun cuando siendo mayores el juez lo estima preciso, tomará cuantas medidas juzgue oportunas para asegurar su bienestar, teniendo en cuenta los deseos y sentimientos que los niños le hayan expresado, ponderando su edad y entendimiento, y *las circunstancias en que aquellos deseos fueron expresados*⁽¹⁴⁾, así como la conducta de los padres en relación con la formación y educación de los hijos.

El principio general es que el bienestar de los niños estará mejor servido cuanto más regular y continuo sea el contacto con sus padres y con los demás miembros de la familia.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La regulación del divorcio en la Ley inglesa resulta aleccionadora para el lector español en varios sentidos.

1. La primera enseñanza es que en un país donde el divorcio cuenta con una larga tradición, el propósito declarado del legislador no es facilitar la disolución de los matrimonios sino facilitar los medios para superar las dificultades de convivencia y, en último extremo, para hacer una toma de decisión responsable y consciente, sobre todo cuando el matrimonio tiene hijos no emancipados⁽¹⁵⁾.

2. En segundo lugar los mecanismos de mediación, no sólo para intentar superar la crisis, sino para consensuar los problemas personales, paternofiliales

(14) Como se ve, no ha escapado a la perspicacia del legislador inglés que los hijos expresan una cosa u otra según cual sea el progenitor bajo cuya influencia vivan, o la persona que los haya acompañado al Tribunal.

(15) Hay, sin embargo, que reconocer que los divorcios en Inglaterra son muy numerosos en comparación con otros países de la Unión Europea.

y económicos que todo divorcio trae consigo, merecen elogio, porque la experiencia ha demostrado que las separaciones legales o de hecho, consideradas como un simple trámite antepuesto al divorcio, son un tiempo muerto que raras veces conduce a la reconciliación y en la mayoría de las ocasiones dificulta y envenena las relaciones personales al punto de hacer imposible el divorcio consensual.

3. En tercer lugar, la Ley pone a disposición del Juez una variedad de instrumentos muy flexibles y de poderes discrecionales muy amplios para resolver la enmarañada problemática de los pleitos de familia. Es éste un terreno abonado para los abusos de derecho y los fraudes de ley. Y también, para plantear problemas artificiales, de tipo voluntarista, que, sencillamente, no tienen solución judicial, porque sus raíces se hunden en la pobreza y en la incultura. Es un craso error desconocer que la realidad sociológica y/o económica de la familia a veces no admite más solución que la inglesa: esto es, prohibir temporalmente el divorcio por ser inviable, atendidas las circunstancias del caso.

4. La reducción de las causas de divorcio a una sola (que a su vez es también la única causa de separación) es consecuencia obligada del concepto de *divorcio-remedio* frente al de *divorcio-sanción*. La Ley española también suscribe el concepto de *divorcio-remedio*. Pese a ello los litigantes en los pleitos matrimoniales se esfuerzan en demostrar que la culpa de la causa es del otro. Incluso cuando se alega como causa de divorcio la previa separación judicial o de hecho, vuelve a retoñar la discusión sobre los motivos de la separación previa, olvidando cuanto ha venido enseñando la teoría de la causa sobre la irrelevancia de los motivos. Dado que la Ley inglesa es todavía muy reciente, no puede decirse si ha conseguido cortar el nudo gordiano de estas interminables discusiones, tan frecuentes en los pleitos matrimoniales, que tienden a “motivar”, digamos, los malos tratos, en base a una ofensa o provocación del otro; la ofensa o provocación, en anteriores ofensas o malos tratos, y así sucesivamente, en un análisis florido de motivos. En Derecho continental la teoría de la causa es un intento (al parecer fallido en temas de familia) por obviar toda esta discusión. Por ejemplo, si un matrimonio ha cesado en la convivencia conyugal el tiempo marcado por la Ley, hay causa de divorcio y huelga toda referencia a los motivos que llevaron a los cónyuges a cesar en la convivencia. El Derecho inglés ensaya otro instrumento de simplificación, que es el *statement* o declaración formal firmada por las propias partes de que el matrimonio está irremediablemente destruido.

5. Algunas instituciones del *Common Law*, como las relacionadas con el *trust*, no son importables en nuestro Derecho. Pero de otras, como las que fijan criterios para decidir sobre el *quantum* de las pensiones, tenemos mucho que aprender. Llama la atención la forma como el legislador inglés combina la discrecionalidad depositada en sus jueces, con la enumeración minuciosa de los criterios que el Juez ha de seguir para valorar las situaciones. Estos criterios son

mucho más ricos que los que contiene, por ejemplo, el art. 97 para la pensión compensatoria. Y mencionamos sólo la pensión compensatoria, porque para fijar la contribución del cónyuge a las cargas del matrimonio el legislador español guarda absoluto silencio: no dice lo que el Juez debe mirar para hacer la cuantificación. Omisión que sólo puede conducir a una dispersión de criterios con componentes aleatorios muy fuertes.

EL DIVORCIO EN LA REPUBLICA DE IRLANDA (EIRE)

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES HISTORICOS.
 - II. FAMILY LAW (DIVORCE) ACT 1996.
 - 1. **La causa del divorcio.**
 - 2. **Intentos de conciliación.**
 - 3. **Medidas provisionales.**
 - 4. **Medidas definitivas.**
 - III. MEDIDAS EN MATERIA DE PROPIEDAD.
 - 1. **En relación con la vivienda familiar.**
 - 2. **En relación con otras propiedades.**
 - IV. DERECHOS SUCESORIOS.
 - V. IMPUESTOS.
 - VI. OTRAS INTERVENCIONES JUDICIALES.
 - VII. CONSIDERACIONES FINALES.
-

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

El divorcio en Irlanda ha sido introducido por la *Family (Divorce) Act 1996*, cuya exposición será objeto de esta nota.

Para comprender la “lucha por el derecho” que se ha librado detrás de esta Ley, conviene hacer algunas referencias históricas.

Irlanda formó parte del Reino Unido desde 1800 a 1922. El 6 de diciembre de 1921 se firmó un Acuerdo Anglo-Irlandés, que dio nacimiento al Estado Libre de Irlanda (*Irish Free State*). La Constitución de 1937, aprobada por plebiscito y actualmente en vigor, declaró a Irlanda “Estado soberano, independiente y democrático”. Finalmente, en 1948, la *Republic of Ireland Act* cortó los últimos lazos que le unían con la *Commonwealth*.

Durante el tiempo en que Irlanda estuvo unida al Reino Unido, la posibilidad para un matrimonio irlandés de divorciarse por medio de una petición dirigida al Parlamento de Westminster, era más bien teórica. La Ley inglesa de Divorcio y Causas Matrimoniales de 1857, que transfirió a los Tribunales el conocimiento de los divorcios, nunca llegó a ser aplicada en Irlanda, donde siguió siendo necesario, para divorciarse, pasar por el control del legislativo.

La Constitución de 1937, de inspiración netamente católica⁽¹⁾, aun dentro de la libertad de cultos (arts. 42.1 y 44) y de la no confesionalidad del Estado (art. 42.2.2), prohibió el divorcio e incluso que pudiese contraer matrimonio en Irlanda una persona divorciada en otro país⁽²⁾.

El Tribunal Supremo⁽³⁾ fue desarrollando una jurisprudencia más aperturista. En el caso *Mc Gee v. Attorney General (1974)*, interpretó que el uso de anticonceptivos no era contrario a la Constitución por ser una cuestión perteneciente a la vida privada, que la Constitución protegía. También se fue abriendo paso durante la década de los años 80 la posibilidad de obtener una separación matrimonial, e incluso la anulación del matrimonio, por enfermedad psíquica de uno de los cónyuges.

(1) Es lo que se ha dado en llamar “Identidad Irlandesa” (*The Irish Identity*). Para un punto de vista antagónico Cfr. Christine P. James “*Céad Míle Fáilte? Ireland Welcomes Divorce: The 1995 Irish Divorce Referendum and the Family (Divorce) Act of 1996*”; *Duke Journal of Comparative & International Law*, Volume 8 (1997) págs. 175 y ss.

(2) El art. 41.2 de la Constitución expresamente prohibía promulgar leyes que permitieran la disolución del matrimonio. Y el art. 41.3 disponía que ninguna persona cuyo matrimonio hubiera sido disuelto con arreglo al Derecho civil de otro Estado, pero cuyo matrimonio debería ser considerado subsistente con arreglo a la Ley irlandesa, podría contraer matrimonio válido en Irlanda mientras viviera su consorte.

(3) La organización judicial de Irlanda está compuesta por el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), un *High Court*, 8 *Circuit Courts*, y 24 *District Courts*. De los divorcios conocen los *Circuit (Family) Courts*.

Un primer intento de derogar el anatema constitucional contra el divorcio, fue derrotado en las urnas el 22 de junio de 1986. Sin embargo, la *Domicile and Recognition of Foreign Divorces Act*, de 1986, permitió ya reconocer, bajo ciertas condiciones, los divorcios decretados en el extranjero⁽⁴⁾.

La Ley del Menor de 1987 (*Status of Children Act*) superó la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, incorporando la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Johnston v. Ireland* (1987)⁽⁵⁾.

La *Judicial Separation and Family Law Act de 1989* amplió las posibilidades de nulidad y de separación del matrimonio⁽⁶⁾.

Finalmente, el 24 de noviembre de 1995 se celebró un nuevo referéndum, en el que por un escaso margen de votos⁽⁷⁾ se levantó el veto constitucional al divorcio.

La Ley actual de 1996 entró en vigor el 27 de febrero de 1997⁽⁸⁾.

(4) El divorcio extranjero era reconocido si alguna de las partes estaba domiciliada (según la ley irlandesa) en el lugar del Tribunal que conoció del asunto al tiempo de tramitarse el procedimiento. En el caso de divorcios obtenido en Inglaterra o Gales, Escocia, Irlanda del Norte, Isla de Man o Islas del Canal, se reconocían con tal de que cualquiera de los cónyuges hubiese estado domiciliado en cualquiera de esas jurisdicciones, aunque no fuera la propia del Tribunal que concedió el divorcio. El *exequatur* podía ser denegado en casos de fraude de jurisdicción, fraude *inter partes*, colusión o coacción. La negativa a reconocer el divorcio extranjero podía en ciertos casos conferir ventajas a uno de los cónyuges. Sin embargo, los Tribunales venían rechazando en estos casos la doctrina del *estoppel* (ya explicada al hablar de Gran Bretaña).

(5) Se trataba de un irlandés, separado de su mujer, que había constituido una nueva familia y tenido una hija, cuyos derechos se veían perjudicados por la imposibilidad del padre de casarse con la madre (112 Eur. Ct. H.R., ser. A, 1986).

(6) Las causas clásicas de nulidad (incapacidad de los contrayentes, falta de forma y vicio en el consentimiento, y sobre todo, la impotencia, oriunda del Derecho Canónico) fueron tratadas con criterios amplios, de manera que podía considerarse que el matrimonio estaba vacío de contenido (*void*) y declararse por tanto nulo, a causa de impotencia psicológica, aunque fuera relativa, debida a enfermedad psiquiátrica o a desórdenes mentales (D. v. C. 1984, ILMR 173), a inmadurez (*PC. v. VC., 7-VII-1989, High Court*) o a la orientación homosexual de uno de los cónyuges (*VF. v. JC. 11-VII-1990, Supreme Court*). En cuanto a las causas de separación, además de las tradicionales de adulterio, abandono o separación consentida por más de un año y separación de hecho por más de tres, vino a utilizarse como más frecuente “cajón de sastre”, que los cónyuges no hubieran tenido relaciones maritales durante más de un año.

(7) 8.163 votos de diferencia a favor del “Sí”.

(8) La razón de esta demora fue que los Tribunales tuvieron que decidir una impugnación del referéndum. Precisamente en plena *vacatio legis* se presentó el primer caso de

II. FAMILY LAW (DIVORCE) ACT 1996

La Ley consta de cinco partes: Título Preliminar; Divorcio; Medidas provisionales y definitivas (*preliminary an ancillary orders*); Consecuencias impositivas y Misceláneas.

Siguiendo las pautas de la Ley británica, la irlandesa fomenta también los acuerdos conyugales y garantiza una información adecuada que confiera seriedad a la decisión de divorciarse. Es asimismo notorio el parecido, *mutatis mutandis*, de la mecánica procesal, y de los ajustes y medidas patrimoniales recurriendo a instituciones del *Common Law*.

1. La causa del divorcio.

La principal diferencia atañe a la causa de divorcio, que en Irlanda consiste en haber vivido los cónyuges separados durante cuatro de los cinco años precedentes a la iniciación del proceso.

2. Intentos de conciliación.

Antes de presentar la demanda, el Abogado (solicitor) debe discutir con el actor la posibilidad de conciliación, dándole nombres y direcciones de personas cualificadas que puedan ayudar a reconciliarse. En su caso, debe informarle de la posibilidad de contar con mediadores para consensuar las bases de la separación o el divorcio. Y también debe ofrecerle la posibilidad de optar por una separación no vincular.

El Abogado habrá de certificar al Tribunal que ha realizado estos cometidos.

A su debido tiempo, el Abogado del demandado ha de ejecutar y certificar las mismas tareas conciliadoras e informativas.

Iniciado el proceso, el Tribunal puede suspenderlo para facilitar a las partes que puedan consensuar sus diferencias. Lo que digan o escriban en estos intentos no será admitido como prueba en el juicio.

divorcio (*RC. v. CC.*). Se trataba de un hombre afectado de una enfermedad terminal y en inminente peligro de muerte. Pidió ser divorciado para poderse casar antes de morir con la mujer con la que había vivido muchos años y de la que tenía una hija. Los hijos del demandante ya eran mayores y a su vez tenían hijos. Aunque la Ley de divorcio todavía no había entrado en vigor, la *High Court* estimó la demanda razonando que como estaba ya promulgada la Ley y reformada la Constitución, el Tribunal no estaba vinculado a ninguna espera. La solución del caso fue equitativa y permitió que el actor pudiera casarse poco antes de fallecer, pero el argumento dado por el Tribunal dista mucho de ser convincente.

3. Medidas provisionales.

Durante la tramitación del procedimiento el Tribunal puede tomar las siguientes medidas:

- Medidas de protección a las personas (*safety order, barring order, temporary barring order y protection order*).
- Medidas de protección de la vivienda familiar y de su contenido, e intervención del precio de venta en su caso.
- Medidas sobre custodia, visita (*access*) y alimentos a los hijos. Los alimentos de los hijos dependientes y del cónyuge necesitado, normalmente se retrotraen a la fecha de presentación de la demanda, determinando el Tribunal los plazos y condiciones de los pagos. Alternativamente, puede fijarlos en forma de tanto alzado.

4. Medidas definitivas.

Después de concedido el divorcio, el Tribunal puede tomar a petición de cualquiera de los esposos alguna de estas medidas:

- Fijar una pensión periódica a cargo de un cónyuge para el otro, o de ambos a favor de los hijos.
- Medidas de afianzamiento⁽⁹⁾. Si el deudor cobra sueldo, el Tribunal lo dejará afecto al pago de la pensión.
- Señalar una cantidad a tanto alzado para atender gastos o responsabilidades ya contraídas. En este caso el Tribunal puede aplazar o fraccionar los pagos del capital.

Las pensiones dejan de devengarse (o se pierde el derecho a pedirla) cuando el cónyuge divorciado se ha vuelto a casar.

En la adopción de las anteriores medidas, el Tribunal tomará en consideración los siguientes factores:

- a) Los ingresos, el patrimonio, los recursos financieros, y la capacidad de ganar dinero, presente y previsible, de cada uno de los cónyuges;
- b) Las necesidades financieras, obligaciones y responsabilidades, presentes y previsibles, de cada uno;
- c) El nivel de vida de la familia antes de la separación o del comienzo del procedimiento;
- d) La edad de los cónyuges, la duración del matrimonio, y el tiempo que han vivido juntos;

⁽⁹⁾ Como medida de afianzamiento de los pagos periódicos, el Tribunal puede exigir la entrega de determinados activos a un *trustee*.

- e) Cualquier minusvalía, física o mental, que puedan tener;
- f) La contribución hecha por cada esposo al bienestar de la familia, computando como contribución el cuidado de la casa y de los hijos;
- g) El deterioro de la capacidad adquisitiva del cónyuge dedicado a las actividades domésticas y al cuidado de la familia;
- h) Cualesquiera rentas o beneficios que puedan devengar los cónyuges;
- i) La conducta de los esposos, cuando bajo cualquier circunstancia “repugne a la justicia” no tomarla en consideración;
- j) Las necesidades de alojamiento de cada uno⁽¹⁰⁾;
- k) El valor de lo que hayan perdido a consecuencia del divorcio (vg. el derecho a una pensión);
- l) Los derechos de terceros, incluyendo al nuevo marido o mujer⁽¹¹⁾.

Para fijar la cuantía de los alimentos, el Tribunal evaluará las necesidades de los hijos y la capacidad de pago de los padres. Pero, además, tomará en cuenta las discapacidades físicas o mentales, los posibles ingresos, el tipo de educación o aprendizaje que estén recibiendo, y las necesidades de alojamiento.

III. MEDIDAS EN MATERIA DE PROPIEDAD

El matrimonio en Irlanda sigue el régimen de separación de bienes. Sin embargo es frecuente que ambos cónyuges tengan en mancomunidad la vivienda que habitan.

1. En relación con la vivienda familiar.

Como ya sabemos, a la muerte de uno de los esposos la propiedad de la vivienda “mancomunada” (*joint tenancy*) pasa entera al otro. Se presume que hay “*joint property*”, si la casa ha sido pagada con dinero de los dos. Si está legalmente a nombre de uno de ellos, el otro puede reclamar un “*equitable o beneficial interest*” por la parte del precio que haya pagado. La consecuencia de esta reclamación es, como ya sabemos, convertir al propietario en un “*trustee*”, siendo los beneficiarios del *trust* ambos esposos⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Si el cónyuge abandona a la familia no tiene derecho a recibir ayuda de ésta, excepto cuando “repugne a la justicia” negársela.

⁽¹¹⁾ Cfr. El anterior catálogo con el que contiene el art. 97 del C.c.

⁽¹²⁾ *Married Women's Status Act 1957, section 12*. El trabajo doméstico no permite reclamar el *beneficial interest* de que estamos tratando: es preciso que el reclamante haya hecho una aportación dineraria en los bienes del otro cónyuge.

Además de estas atenuaciones a la separación estricta de bienes, la *Family Home Protection Act 1976* introdujo la necesidad de que ambos esposos habían de consentir los actos dispositivos sobre la vivienda familiar, aunque fuera propiedad de uno solo de ellos. En caso de divorcio el Juez puede tomar medidas impeditivas de todo acto de disposición unilateral, ya sea de la vivienda o de su mobiliario. Asimismo puede reconocerle al cónyuge no propietario derecho a ocuparla de forma exclusiva, vitaliciamente o por un período de tiempo determinado⁽¹³⁾; o bien acordar su venta y el reparto del precio, supliendo el consentimiento del cónyuge que lo deniegue; o dividir la propiedad; o disponer medidas de protección o de desalojo de determinados familiares u ocupantes de la vivienda conyugal. Pero no se ordenará la venta de la vivienda familiar después de haber concedido su ocupación a uno de los cónyuges.

2. En relación con otras propiedades.

Pueden acordarse las siguientes medidas:

- Traspasar la propiedad de un esposo a otro, a un hijo, o a la persona encargada de velar por los hijos.
- Modificar cualquier acuerdo de los esposos, antes o después del matrimonio, en beneficio de uno de ellos o de los hijos.
- Extinguir o reducir los derechos de uno de los cónyuges derivados de algún acuerdo o capitulación.
- Cualquier medida de aseguramiento de los derechos del cónyuge no propietario.

Estos ajustes patrimoniales quedan sin efecto (o no pueden solicitarse) cuando el cónyuge se ha vuelto a casar.

También se prevé la posibilidad de cambiar judicialmente en caso de divorcio, al beneficiario de una póliza de vida, o rescatar el valor de la póliza. También pueden sustituirse las medidas económicas (pensiones, ajustes patrimoniales y derecho de ocupación de la vivienda) por una compensación monetaria (*financial compensation order*), que también se pierde al contraer segundo matrimonio.

IV. DERECHOS SUCESORIOS

El derecho de un cónyuge en la herencia del otro varía según que el causante haya muerto testado o intestado. En el primer caso, la legítima del cónyuge

⁽¹³⁾ Si la vivienda familiar la ocupa el propietario con su nuevo cónyuge, no podrá pedirse una *occupation order*.

viudo es la mitad si no hay hijos, y la tercera parte, si los hay. Muriendo intestado, la legítima es de la totalidad de la herencia si no hay hijos, y las dos terceras partes si los hay (recibiendo los hijos la restante tercera parte).

Estos derechos se pierden naturalmente con el divorcio⁽¹⁴⁾. Pero al fallecimiento del cónyuge divorciado, y dentro del plazo de seis meses, puede pedir el sobreviviente que el Tribunal le reconozca un interés en la herencia (nunca superior a lo que hubiera sido su legítima), y siempre que no hubiesen sido tomadas ninguna de las medidas económicas antes estudiadas.

V. IMPUESTOS

Las pensiones y pagos periódicos no son deducibles del impuesto sobre la renta (*income tax*).

Si se revisa la declaración del cónyuge que paga alimentos en virtud de un acuerdo, y ninguno se ha vuelto a casar, la revisión de renta se imputará separadamente a cada cónyuge como si no estuvieran divorciados.

Los ajustes de propiedad derivados del divorcio están exentos del pago de impuestos indirectos (*stamp duty*).

Tampoco tributarán los incrementos patrimoniales (*capital acquisitions*) derivados de donaciones o derechos hereditarios acordados por el Tribunal a favor de uno de los cónyuges.

Los incrementos patrimoniales derivados de ventas de cualquier activo que haya ordenado el Tribunal, no tributan. A efectos de plusvalía, en la disposición de un bien procedente del otro esposo se tomará como fecha de adquisición la del traspaso de propiedad al cónyuge cesionario, no la de adquisición del bien por el cónyuge cedente.

VI. OTRAS INTERVENCIONES JUDICIALES

En Irlanda se aplican dos tipos de intervenciones que proceden del Common Law: las llamadas *Mareva injunctions* y la *Anton Piller order*. Ambas reciben sus nombres de los casos donde por primera vez fueron implantadas.

Las *Mareva injunctions* son medidas impeditivas de cualquier acto de uno de los cónyuges en fraude de los derechos de su consorte.

La *Anton Piller order* son medidas de investigación y obtención de pruebas que pueden ser ocultadas por uno de los cónyuges (extractos bancarios, nóminas, declaraciones de impuestos, etc.)

⁽¹⁴⁾ También se pierden por causas de indignidad (atentado criminal contra el causante) o por la separación de hecho durante dos años anteriores al fallecimiento.

Ambos tipos de medidas son remedios de carácter subsidiario y su adopción requiere un *fumus boni iuris* indudable (*a strong prima facie case*).

El quebrantamiento de las medidas “*Mareva*” o “*Anton Piller*” constituyen desacato al Tribunal y pueden determinar una orden de prisión.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

1. Al igual que el Derecho inglés, en la República de Irlanda encontramos la misma mezcla de derecho consuetudinario (*Common Law*) y de leyes escritas (*Statute Law*). No es, pues, de extrañar el parecido que tiene la regulación que acabamos de resumir con la de Inglaterra y Gales. Los *trusts* sobre la vivienda familiar; las medidas a adoptar por el Juez de familia; los traspasos, limitaciones y gravámenes de la propiedad por causa de divorcio; las *Mareva injunctions* y las *Anton Piller orders*, etc., son sustancialmente los mismos.

2. Sin embargo difieren ambas legislaciones en lo que podríamos llamar la filosofía o concepción global del divorcio. La Ley irlandesa del divorcio tuvo que abrirse paso entre dificultades, a través de un bosque de opiniones encontradas, y hubo de crear un marco legal, *ex nihilo*, en contra de tradiciones muy arraigadas. Lógicamente, es una Ley muy prudente.

3. La única causa de divorcio reconocida en Irlanda (separación de cuatro años) es más rígida que la inglesa (quiebra del matrimonio). Pero posiblemente el pleito matrimonial (contencioso) se embrolle menos en Irlanda que en Inglaterra. Afirmar que un matrimonio está definitivamente roto es un juicio de valor que se presta a mucha polémica. La separación de cuatro años, sin mayores acepciones ni calificativos, es por el contrario un hecho histórico sencillo de probar.

4. También nos parece un acierto del legislador irlandés haber dejado fuera del pleito de divorcio las enojosas controversias acerca de las medidas complementarias, las cuales, como hemos visto, las toma el Juez irlandés *a posteriori*, una vez otorgado el divorcio. Así se evita que los litigantes tengan que enzarzarse en discusiones y recursos contra la sentencia de divorcio, cuando en realidad están de acuerdo en divorciarse y lo único que rechazan es alguna medida aislada de la sentencia. También se evitan fraudes procesales.

5. Un sencillo cotejo de nuestro ordenamiento con el irlandés nos hace echar en falta medidas provisionales del tipo *Mareva* y *Anton Piller*. Las indagatorias tipo “*Anton Piller*” caben sin duda dentro del cauce procesal de la jurisdicción voluntaria en que se ventilan las medidas provisionales. Pero la adopción de cautelas, intervenciones o prohibiciones en evitación de fraudes patrimoniales interconyugales, difícilmente encajan en el art. 103. Únicamente cuando el instrumento del fraude sean bienes gananciales puede el Juez imponer a los cónyuges “las reglas que deban observar en su administración y disposición”.

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.

¿PUEDEN LOS JUECES ADOPTAR MEDIDAS QUE OBLIGUEN AL PROGENITOR CUSTODIO A TRASLADAR AL MENOR AL DOMICILIO DEL PROGENITOR NO CUSTODIO PARA QUE SE REALICE LA VISITA?

José María del Río Belmonte.

Abogado

Seguido un procedimiento de divorcio entre los cónyuges, la esposa solicita que se establezca el régimen de visitas normal (fin de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares) si bien, los fines de semana que le correspondan al padre y no se hayan podido cumplir por razón de la distancia, pueda disfrutarlos todos juntos desplazándose a Madrid —lugar de residencia de la madre y la hija—, avisando a la madre con antelación y respetando durante el período en cuestión el normal desarrollo de los deberes escolares de la menor. Sin embargo el padre muestra su disconformidad con dicho régimen y solicita que se establezca el régimen de visitas normal, es decir, un fin de semana de cada dos, si bien, en atención a la distancia existente entre el lugar de su residencia y el de la menor, él se desplazará a Madrid un fin de semana y en el siguiente que le corresponda, será la madre la que trasladará a Málaga a la menor.

El régimen de visitas que se estableció en la sentencia del juzgado de familia fue el siguiente:

El padre podrá comunicar con la hija libremente y tenerla en su compañía un fin de semana de cada dos, desde las veinte horas del viernes a las veinte horas del domingo. Las visitas se llevarán a efecto

de la siguiente forma: una semana será el padre quien se desplace a Madrid a visitar a su hija, que recogerá en el domicilio de la madre, y la semana siguiente que le corresponda será la madre quien vendrá obligada a traerla a Málaga, si bien y en defecto de acuerdo sobre estos extremos de los progenitores, tales fines de semana, comenzarán la mañana del sábado sin determinación de hora, eso sí antes de las 14 horas, hasta las 20 horas del domingo, entregándola en el domicilio del padre, o bien en la correspondiente estación ferroviaria, de autobuses o aeropuerto de Málaga para el caso de que la niña viaje sola; cada cónyuge vendrá obligado a soportar los gastos que ocasionen sus desplazamientos y alojamientos. Los horarios de recepción y entrega en Málaga y Madrid podrán variar en función del transporte utilizado, con una flexibilidad de dos horas en más o en menos a los previamente fijados. Igualmente el padre podrá disfrutar de la mitad de las vacaciones escolares de duración superior a los cinco días, de tal forma que se vayan alternando año a año el primer y segundo período de cada uno de estas vacaciones; uno de cada dos puentes festivos; y un mes, a elección del padre en los años pares y de la madre en los impares, en caso de disidencia. En estos casos será la madre quien vendrá obligada a entregar a la menor en Málaga, en tanto que el padre la devolverá en Madrid en las mismas condiciones a las señaladas en el párrafo anterior, siendo para estos períodos más largos la hora de entrega a las doce del medio día del primer día, y la devolución las diez de la noche del último día.

No podemos compartir esta resolución, en base a la desigualdad de trato dispensado a los progenitores, habida cuenta que si bien el sistema de visitas es un derecho para el padre, no por ello debe implicar un deber para el cónyuge en cuya compañía quede el hijo, toda vez que se obliga a la madre a trasladar a su hija a Málaga un fin de semana al mes, lo que en época de vacaciones supone viajes más frecuentes con los gastos inherentes que tal medida le ocasiona, habiéndose infringido por tanto, los arts. 24 y 32.2 de la Constitución, así como también el principio de *favor filii*.

Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó el mismo régimen de visitas fijado en la instancia alegando que:

La función de las visitas es fomentar un vínculo estrecho de confianza y amistad entre el padre no tenedor y el hijo, de manera que el plan fijado proteja los derechos del niño y padre no custodio asegurando la protección de los vínculos con ambos progenitores, conteniendo el art. 94 del Código Civil, un derecho-deber, que tanto vale para el cónyuge que mantiene la guarda y custodia como para el que la pierde, siendo el finalmente establecido en la presente litis, objeto

de apelación, justo y acertado, ya que este Tribunal no encuentra razones que actualmente aconsejen, en interés y beneficio de la menor, rectificar la medida acordada.

Frente a estas dos resoluciones judiciales hemos formulado recurso de amparo constitucional solicitando la declaración de nulidad de los pronunciamientos de la sentencia de instancia relativos a la obligatoriedad que pesa sobre la madre en el cumplimiento del régimen de visitas; la nulidad de la sentencia dictada en el recurso de apelación y la suspensión de la ejecución de ambas sentencias. Los motivos en los que se fundamenta el recurso son los siguientes:

- El régimen de comunicación, estancia y visitas a favor de los hijos menores o incapacitados contenido en los arts. 94 y 103 del Código Civil, constituye una facultad del progenitor no custodio.
- La facultad de visitas respecto del progenitor no custodio viene concebida en la ley como un derecho y no como un deber (Sentencia de 20 de octubre de 1993 de la sección 5.^a de la AP de Málaga).
- La forma de llevarse a efecto (tiempo, modo y lugar) el régimen de relaciones en una sentencia declarativa de separación o divorcio debe referirse al progenitor no custodio.
- No resulta admisible que, en una misma resolución judicial, se acuerde, respecto del régimen de relaciones, una facultad, a favor del progenitor no custodio y una obligación respecto del progenitor custodio.
- La falta de ejercicio del derecho de visitas por parte del progenitor no custodio, no puede considerarse como grave y reiterado incumplimiento del régimen de relaciones.
- No existe protección del interés del menor cuando existe contraposición entre facultad y obligación, y así la voluntad del menor quiebra, bien ante el incumplimiento de la facultad, bien ante la imposición de la obligación.
- El incumplimiento de la obligación de traslado de la menor implica igualmente el “incumplimiento de la obligación de abonar el costo del medio de transporte utilizado” que igualmente, y de forma implícita, ha sido impuesto por la resolución judicial, con lo que el incumplimiento de dichas obligaciones, es decir, del traslado del menor durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos llevará aparejada la comisión de un presunto delito de los previstos en el art. 227.2.^o del Código Penal.

Todas estas consideraciones derivan a nuestro juicio de una discriminación judicial respecto del progenitor custodio y entendemos con ello, que la respuesta a la pregunta formulada debe ser un rotundo no. En sentencias de separación

o divorcio, los jueces y tribunales no pueden adoptar medidas que obliguen al progenitor custodio al cumplimiento del régimen de relaciones acordado respecto del otro, y mucho menos medidas de las que pueda derivarse un ilícito penal. Esperemos que nuestro Alto Tribunal así lo entienda.

LOS JUECES Y TRIBUNALES, EN CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 117.3.º DE LA CONSTITUCION DEBEN JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO.

Habiendo pactado los cónyuges su separación de forma consensual y habiendo suscrito un convenio regulador que fue aprobado íntegramente por la sentencia, con el transcurso del tiempo surgen problemas en el cumplimiento de uno de los pactos del convenio en el que se liquidaba la sociedad de ganancias.

En la liquidación, después de efectuar las adjudicaciones oportunas entre los cónyuges, motivado por un exceso de adjudicación, la esposa debía entregar al esposo una determinada cantidad. Ante el impago de la misma, en trámites de ejecución de sentencia, el esposo solicitó el embargo de bienes de la esposa en cantidad suficiente a cubrir la suma adeudada, intereses y costas. Aunque en un principio el juzgado declinó el inicio de la ejecución remitiendo a las partes al ejercicio de las acciones que en derecho les correspondiesen, posteriormente al estimar el recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución decretó el embargo, si bien excluyendo la reclamación de intereses hasta tanto no se practicase la misma conforme a lo establecido en los arts. 932 y siguientes de la LEC.

Recurrida dicha resolución por la esposa, la Audiencia Provincial dicta una singular resolución de la que extraemos su fundamento jurídico:

Por más que el ejecutante pretenda otra cosa, el alcance del acuerdo que rige la separación de los cónyuges, viene afectado por la aprobación judicial (con intervención del Ministerio Fiscal, si existiesen hijos menores de edad) sólo en lo que pueda suponer una incidencia (de patria potestad, de régimen de visitas, económicas, etc.) sobre los meritados descendientes —a salvo su posible modificación por alteraciones sustanciales posteriormente sobrevenidas—, pues como asevera el art. 90 del Código Civil “... los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”, por lo

que la revisión judicial sólo puede y debe afectar a esos dos aspectos, por ello vinculantes, pues se trata de acuerdos que son protegibles en lo que afecta a los alimentos, o en su caso a la pensión compensatoria; por lo que las consecuencias económicas restantes, a la que alude el art. 91 del Código Civil, deberán ventilarse por la forma específica que se regula en la ley adjetiva, concretamente en lo que afecta a la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuanto ha de ser formado un inventario, con real determinación de dichas operaciones, haciéndose las adjudicaciones convenientes y procediendo a su completa ejecución, siendo operaciones que, a pesar de que no parece existir impedimento procesal insalvable para que puedan llevarse a cabo en el propio procedimiento de separación, su ejecución no es viable a través del art. 921 de la LEC, como pretende quien la insta, pues ese “reconocimiento” que consta en el convenio de que existe un desfase entre los haberes de los cónyuges de ptas. a favor del esposo, no constituye ni supone condena al pago de cantidad líquida alguna a la que dicho precepto alude, ni puede entenderse que la sentencia contenga una condena al pago de la misma, sino que si la ejecución se hiciera necesaria, lo que parece ser el caso, habrá de hacerse siguiendo los trámites prevenidos en los arts. 1396 y 1410 del Código Civil, por lo que habrá que acudir al procedimiento en que dichas normas se establece, puesto que, por vía de ejemplo, no puede ignorarse que entre la disolución y la efectiva liquidación, no deja de constituirse una especie de comunidad postganancial sobre la antigua masa ganancial, pues hasta la efectiva liquidación el patrimonio sigue siendo común, y la liquidación “dineraria” que se pretende es parcial, en cuanto no existe contraprestación, y los bienes han podido incrementarse o devaluarse, y ese riesgo es de cuenta de los integrantes de la comunidad.

¿Es que los cónyuges no pueden liquidar la sociedad de gananciales en el convenio regulador de la separación? Desde luego, no puede compartirse la resolución de la Audiencia puesto que el tenor literal del art. 90 del Código Civil no deja lugar a dudas: “El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a ... D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”. Por consiguiente la liquidación que se contiene en el convenio regulador que han pactado los cónyuges es válida y eficaz y, por la circunstancia de haberse incorporado a la sentencia, puede ejecutarse en todos sus términos, es decir:

- Con un testimonio de la sentencia y del convenio regulador, los cónyuges pueden inscribir las adjudicaciones en los distintos registros públicos.

- Si existe algún exceso de adjudicación a favor de uno de los cónyuges, éste puede acudir al juzgado que tramitó la separación y solicitar su cumplimiento por los trámites de ejecución de sentencia previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a este segundo extremo, la resolución de la Audiencia Provincial señala que “ese reconocimiento que consta en el convenio de que existe un desfase entre los haberes de los cónyuges de ... ptas. a favor del esposo, no constituye ni supone condena al pago de cantidad líquida alguna a la que dicho precepto alude, ni puede entenderse que la sentencia contenga una condena al pago de la misma”. Olvida la resolución de la Audiencia, que en el convenio regulador (su texto íntegro se transcribe en los antecedentes de hecho de la sentencia) se señala que la esposa compensará económicamente al esposo en la cantidad deptas. Más clara no puede estar la obligación de la esposa de abonar a su esposo la cantidad adeudada y por consiguiente es perfectamente válido acudir a los trámites de ejecución de sentencia para dar cumplimiento a la citada obligación.

Es cierto que algunos juzgados se muestran reticentes en el momento de ejecutar pactos del convenio regulador que no se refieren propiamente a la pensión alimenticia o compensatoria y cuestionan su competencia para ello, remitiendo a los cónyuges en muchos casos a un procedimiento declarativo distinto del matrimonial. Sin embargo hay que precisar que cuando el convenio ha sido aprobado íntegramente por la sentencia, la ejecución de cualquiera de sus pactos es competencia del juzgado que dictó la sentencia matrimonial, ya que el convenio forma parte integrante de la misma.

En este sentido resulta clarificador el auto dictado por la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha diecinueve de diciembre de 1997 del que es ponente su presidente D. Eduardo Hijas Fernández:

No podemos olvidar que la cuestión suscitada se enmarca procesalmente en la fase de ejecución de una sentencia firme; por ello, y antes de dictarse dicha resolución, podría haberse suscitado, inclusive de oficio, la problemática que ahora, de modo extemporáneo y sólo en esta segunda instancia, se expone por la apelante a la consideración judicial, lo que, quizás, en la referida antecedente fase, hubiera podido, al menos en un ámbito de hipótesis difícilmente admisible según lo antedicho, determinar, por falta de competencia objetiva, el rechazo parcial del convenio. Pero ahora el mismo, siendo inicialmente un abstracto negocio jurídico de familia, al ser aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva (STS 22-IV-1997), lo que ineludiblemente nos conduce al art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, precepto

que, en cuanto una manifestación más del contenido del art. 24.1 de la Constitución, quedaría vulnerado de aceptarse la tesis competencial mantenida por la recurrente.

No resulta ocioso recordar al respecto que, conforme proclama el Tribunal Supremo, “el ineludible mandato de ejecutar y cumplir las sentencias firmes incluye y comprende también a aquellas que contengan disposiciones manifiestamente erróneas” (lo que además habrá de descartarse en el caso, por lo antecedentemente expuesto), “ya que la rectificación o revocación de estas decisiones se tiene que llevar a cabo por el cauce de la interposición de los pertinentes recursos que contra ellas se pueden entablar, de tal forma que si la parte perjudicada por estas decisiones las acepta y acata, aquietándose a ellas al no formular recurso alguno, y éstas adquieren firmeza legal, no puede luego pretender que en la ejecución de esa sentencia se rectifiquen los errores o disposiciones contrarias a la Ley, ni que esa ejecución se lleve a efecto como si las disposiciones de la sentencia que se pretende cumplir fuesen correctas ya que esto implicaría ir contra lo ejecutado; de lo que se deduce y desprende que las sentencias firmes equivocadas o desacertadas tienen que ser cumplidas conforme a lo que en ellas se dice, respetando totalmente sus mandatos, aunque no se ajusten a lo que la Ley dispone, sin que en su ejecución se pueda efectuar ninguna rectificación de los mismos, ni aplicar ninguna de las consecuencias legales que corresponderían a la ejecución de una sentencia cuyas decisiones se hubiesen acomodado a lo que la Ley ordena (STS 13-II-1990). Asimismo se vulnera el art. 267.1 de la LOPJ si el órgano jurisdiccional, fuera de la limitada permisión que expresa la proposición segunda del mentado precepto, varía una sentencia que pronunció después de firmada, e igualmente se infringe el art. 408 de la LEC si no se respeta el mandato que establece que transcurridos los plazos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo realizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera” (STS 30-XII-1995).

Y en el caso examinado habría de añadirse que la sentencia, de cuya ejecución se trata, no hace sino sancionar, en orden a los efectos complementarios de la separación matrimonial, los acuerdos de los cónyuges recogidos en convenio regulador de fecha 6 de abril de 1994, contra los cuales, o al menos respecto a uno de ellos, se alza ahora el recurrente, lo que implicaría la transgresión de la vinculatoriedad de los actos propios, en conducta de manifiesto abuso de derecho, que, conforme a exigencias del art. 7.º del Código Civil, debe dar lugar,

entre otros, a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso. Y en efecto, en la hipótesis de ser acogida la excepción competencial esgrimida, el ulterior y posible replanteamiento de la reclamación efectuada por la ejecutante en otra vía procedimental, distinta de la dimanante de la litis matrimonial, podría, ahora sí, verse entorpecida por serios obstáculos procesales derivados del principio de cosa juzgada, cuando no inherentes a la competencia funcional, por mor de lo prevenido en el art. 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que vendría inoperante, por inadmisibles obstáculos formales, un pacto perfectamente lícito”.

Como ya apunta esta resolución, si el juzgado entiende que algunos de los pactos que se incluyen en el convenio regulador no se acomodan estrictamente a las consecuencias de la ruptura conyugal contempladas en el Título IV del Libro I del Código Civil, puede no homologarlo y hacerlo constar expresamente en la sentencia de tal forma que dichos pactos (que no por ello pierden su validez y eficacia) ya no podrían ejecutarse por el juzgado que dictó la sentencia matrimonial. En cambio, si el juzgado no ve ningún obstáculo en la aprobación de las cláusulas del convenio regulador, una vez que se dicta sentencia incorporándolo a la misma, la ejecución de cualquiera de los pactos corresponde a este Juzgado.

Como en otros muchos temas de derecho de familia, se hace preciso que las resoluciones de las Audiencia Provinciales puedan ser revisadas por el Tribunal Supremo para clarificar estas materias y evitar que en algunos juzgados los cónyuges no puedan separarse de mutuo acuerdo si no incluyen la liquidación de gananciales en el convenio regulador y que en otros, como en el presente supuesto, después de liquidar la sociedad se remita a los cónyuges al proceso de liquidación y se les niegue la ejecución de lo convenido.

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.

PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(NÚMERO 121/000147, B.O.C.G. DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1998)

.....

LIBRO CUARTO

De los procesos especiales

TITULO I

De los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio

CAPITULO I

De los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio: disposiciones generales

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 Mi-

nisterio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

CAPITULO II

De los procesos sobre la capacidad de las personas

Art. 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.

Art. 759. Legitimación en los procesos de incapacitación 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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 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 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.

Art. 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 oír 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.

CAPITULO III

De los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad

Art. 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 deter-

minada, 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

CAPITULO IV

De los procesos matrimoniales

Art. 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 pudiere 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.

Art. 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 reconversión 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 reconversión 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 renunciamientos 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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 oír 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.

Art. 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.

TITULO II

De la división judicial de patrimonios

CAPÍTULO II

Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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 lo-

tes, 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.

Art. 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.

.....

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: ASPECTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO DE VISITA DE LOS MENORES

Autor: Mercedes Moya Escudero
Comares, Granada 1998.

Si ya de por sí es complicado analizar el cumplimiento del régimen de visitas en los supuestos de crisis matrimoniales y extramatrimoniales, cuando ambos progenitores tienen su residencia en países diferentes la cuestión se agrava en exceso. En el presente trabajo, la autora se adentra en el complejo mundo de las relaciones internacionales o transfronterizas abordando los aspectos de competencia judicial, ley aplicable y validez extraterritorial de las decisiones extranjeras.

Como punto de partida, la autora hace dos consideraciones: la primera de carácter material, que se traduce en el establecimiento como cúspide del sistema del principio del interés del menor como concepto multiforme y susceptible, a priori, de tantas concreciones como operadores jurídicos, y variable de país a país, con una maleabilidad de fuerte acento nacionalista. La segunda, pasa por un recorte de las competencias judiciales nacionales exorbitantes y la creación de un sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que huya de la lentitud, la complejidad y elevados costos del procedimiento judicial ordinario, dejando en todo caso a salvo los derechos de defensa de todas las partes que intervienen en este tipo de relaciones.

De una lectura de la obra se evidencia la necesidad de una reforma global y coherente, sectorial e intersectorial, frente a la dispersión y descoordinación de nuestro ordenamiento jurídico. La gravedad de los problemas que se suscitan exige proporcionar una solución jurídica satisfactoria en cada uno de los sectores del derecho internacional privado.

La intención que subyace en esta investigación no es otra que procurar la coordinación en la reglamentación del objeto y conseguir el cumplimiento de la función del derecho internacional privado, aunque, como ya anuncia la autora no es ciega a las dificultades con las que habrá de encontrarse para acercarse a esta pretensión.

TÍTULO: LA MEDIACIÓN. UNA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE RUPTURA DE PAREJA

Autor: Trinidad Bernal Samper. Doctora en Psicología. Directora del Centro de resolución de conflictos APSIDE. Colex, Madrid 1998.

El conflicto es una realidad de la vida humana, y su existencia resulta inevitable. Lógicamente en las relaciones matrimoniales o extramatrimoniales estos conflictos también están presentes y exigen una solución de acuerdo con todos los intereses en juego. La solución tiene que estar presidida por la idea de evitar las luchas continuadas y destructivas que terminan con las relaciones y verdaderamente no solucionan definitivamente el conflicto, sino que al contrario lo agravan. Por consiguiente, es necesario encontrar fórmulas pacíficas que ayuden a las partes a resolver los conflictos sobre la base de la cooperación, eliminando o disminuyendo la desconfianza y la animosidad.

El alto tono emocional de las personas que se encuentran en esta situación exige una solución pacífica, sin embargo en muchas ocasiones se acude al procedimiento contencioso de separación o divorcio que agudiza el enfrentamiento entre ellos. La mediación es una buena forma para evitar que la convivencia termine en una batalla, puesto que ofrece un contexto neutral y pacífico que disminuye la intensidad emocional que los cónyuges presentan en un principio, propiciando un ambiente adecuado para que pueda darse la comunicación. El rol desempeñado por cada uno de los actores intervinientes en esta situación social se modifica. El abogado y el psicólogo ya no defienden ni evalúan, actúan de mediadores, ayudando a las partes a comunicarse adecuadamente y a modificar las percepciones encontradas, para que concluyan con acuerdos consensuados que les permitan separarse amistosamente. La pareja, cuyo papel tradicional se limita a dejarse llevar, tanto por los profesionales como por su situación emocional, adquiere un rol protagonista, tomando parte activa en todo el proceso, controlando sus emociones y eligiendo soluciones aceptables para ambas partes.

La autora, profesional de reconocido prestigio en la materia, nos acerca de una manera sencilla, clara y precisa a la mediación y desde luego, consigue con creces su objetivo: orientar a los profesionales que quieran formarse en mediación.

El libro está estructurado en tres partes: en la primera se describe el conflicto interpersonal que se produce cuando se plantea la ruptura, el contexto legal donde habitualmente se resuelve y la intervención de los profesionales en ese contexto para resolver el conflicto; en la segunda se plantea la mediación como solución a los conflictos, haciendo una introducción general de lo que es la

estructura y proceso de mediación para centrarse en lo que se conoce como mediación familiar; la tercera fase comprende el desarrollo por fases del proceso de mediación y concluye con un ejemplo de lo que son los acuerdos escritos, adjuntando tres convenios reguladores como muestra de los mismos.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

CASTELLÓN

El próximo día 5 de febrero tendrán lugar en el salón de actos de la Unión de Mutuas (Avda. Virgen de Lidón, s/n) unas jornadas monográficas sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, organizada por Enfoque XXI en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia, en la que se desarrollarán los siguientes temas:

La disolución de la sociedad de gananciales y sus efectos: D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, abogado del Iltre. Colegio de Madrid y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación. Calificación dudosa de bienes y deudas: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Málaga (Familia).

Aspectos procesales del procedimiento de liquidación. Nueva regulación del proceso liquidatorio en el proyecto de la LEC: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández, Presidente de la Sección 22.^a (Familia) de la Audiencia Provincial de Madrid.

VITORIA

Durante los próximos días 19 y 20 de febrero tendrán lugar unas jornadas de Derecho de familia organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados en colaboración con la Asociación de Abogados de Familia. El programa es el siguiente:

Viernes, 19 de febrero de 1999

16,30 horas. **La legitimación del cónyuge no deudor:** Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Alava.

18,00 horas. **Alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales:** D. Alfonso Horno González, abogado del Iltre. Colegio de Zaragoza.

19,30 horas. **Violencia familiar:** D.^a Susana Martínez Novo, abogada del Iltre. Colegio de Madrid.

Sábado, día 20 de febrero de 1999.

10,00 horas. **Aspectos procesales de la liquidación de la Sociedad de Gananciales:** D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Málaga (Familia).

12,00 horas. **Las uniones paramatrimoniales: estado de la cuestión:** D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, abogado del Iltre. Colegio de Madrid y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

Esta Asociación nació en Madrid en el mes de enero de 1993 para agrupar a los abogados españoles dedicados de modo especial al Derecho de Familia, y fue presentada oficialmente en Barcelona con ocasión del Primer Congreso Europeo de esta materia, que tuvo lugar en el mes de marzo de 1993.

Sus objetivos son los siguientes:

- 1.º Promover el estudio del Derecho de Familia y su aplicación práctica, judicial y extrajudicialmente.
- 2.º Fomentar la enseñanza y perfeccionamiento del conocimiento de la legislación familiar.
- 3.º Intensificar las relaciones de los abogados con los jueces y fiscales, para una mejor aplicación del Derecho de Familia.
- 4.º Concordar criterios para la reforma y puesta al día de la legislación, tanto sustantiva como procesal, en materia familiar y promover e intervenir en tales modificaciones legislativas.
- 5.º Impulsar la homogeneidad de la interpretación por parte de los distintos órganos judiciales de las Leyes de Familia.

En la actualidad, cuenta con más de cuatrocientos abogados, repartidos por treinta y seis provincias españolas y entre sus socios se cuentan los más notables abogados, dedicados al Derecho de Familia.

La Asociación tiene su sede en Madrid (c/ Princesa, 3 dpto. Apdo. 1225, 2808 Madrid, teléfono/fax: 915410562) y su Junta Directiva está compuesta por los siguientes abogados: PRESIDENTE: Luis Zarraluqui; VICEPRESIDENTE: Carlos Magaz Sangro, ambos de Madrid. VOCALES: M.ª Begoña Acha Mancisidor, de Bilbao; José Luis Cembrano Reder, José Antonio Ferrer Sama, Mercedes Hernández-Claverie, Santiago De Miota Navarro —todos ellos de Madrid— Francisco Muñoz Menero, Francisco Vega Sala —ambos de Barcelona—; Isidro Niñerola Giménez, de Valencia; Pilar Troncoso González, de Sevilla; Esperanza Ezquerecocha Del Solar, de San Sebastián y Adolfo Alonso Carvajal, de Gijón; TESORERO: José Corrales; SECRETARIA: Angela Cerrillos, ambos de Madrid.

Hasta la fecha, la Asociación ha participado en numerosas jornadas, simposios, mesas redondas y conferencias, que se han celebrado en muchas ciudades españolas. Dentro de sus actividades han tenido singular relevancia las reuniones plenarios celebradas para discutir el contenido de la Proposición de Ley sobre reforma de la Separación y el Divorcio, presentada por el grupo parlamentario del PSOE. Pero, sin duda, hasta ahora las cuatro actividades estelares de la Asociación han sido las celebraciones de los ENCUENTROS anuales, que han tenido lugar en Madrid en el mes de marzo de cada año. En ellos se han desarrollado ponencias que comprenden todos los temas conflictivos que la aplicación práctica del Derecho de Familia pone en evidencia cada día. Han asistido a cada Encuentro, más de doscientos abogados de toda España. Cada una de las ponencias ha contado con la intervención de dos ponentes, uno de los cuales generalmente ha sido un abogado de la Asociación y el otro un miembro de la Magistratura, Fiscalía u otros representantes del Poder Judicial o, en su caso, de la Administración. A través de ésta fórmula se ha proporcionado a los asistentes una doble visión de cada tema, con resultados muy enriquecedores. De los Encuentros celebrados se han editado ya cuatro libros que han sido repartidos gratuitamente a los socios.

Hasta el momento, la Asociación y sus dirigentes han prestado su colaboración en numerosas jornadas, cursos, conferencias; etc., en distintos puntos de la geografía española. La Asociación ha formado parte de la Comisión Nacional para el Año Internacional de la Familia. Igualmente ha estado presente en los Congresos Mundiales de Derecho de Familia de Caracas y Panamá, y en el Primer Congreso Mundial de Derechos del Niño que tuvo lugar en Sidney.

Se han convocado reuniones en Madrid, Barcelona, Valencia y Zaragoza, para entender cuestiones específicas como la Reforma de la Ley sustantiva, la negativa de la Agencia Tributaria a atender los requerimientos judiciales, sobre la Mediación o en relación con el Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además de los Encuentros anuales ya mencionados, se han organizado jornadas en Colombres (Asturias), Bilbao, Valencia, Sevilla, Murcia, Algeciras, Málaga y Burgos y están previstas otras. Y se ha colaborado con numerosos Colegios de abogados en los cursos organizados por ellos en materia de Derecho de Familia, tales como Alicante, Salamanca, Barcelona, Madrid, Granada, San Sebastián, Vitoria y Valladolid.

El crecimiento de la Asociación permitirá afrontar en un futuro próximo el aumento de las actividades en beneficio de la mejor regulación, aplicación y conocimiento del Derecho de Familia.