

PRESENTACIÓN

Tanto el aumento de los profesionales del Derecho como la complejidad en la aplicación de sus distintas ramas, van imponiendo día a día la exigencia de una especialización, siendo buena prueba de ello el derecho fiscal, laboral, administrativo, penal, etc. El derecho de familia no es ajeno a ese movimiento y ya en el año 1981 se crearon los juzgados de Familia, lo que preconizaba que en el futuro surgiesen profesionales especializados en este campo del derecho. Hoy día es una realidad la existencia de abogados que única o principalmente se dedican a esta materia y como ejemplo de ello tenemos a la Asociación Española de Abogados de Familia, que está en continuo crecimiento y a las secciones de familia de muchos colegios de Abogados.

Esta circunstancia justifica la publicación de esta **Revista de Derecho de Familia**, que con carácter trimestral intentará servir de punto de referencia y encuentro para todos los profesionales del Derecho que tratan la materia, ofreciéndoles una continua formación y actualización.

Si tuviésemos que emplear una sola palabra para definir esta publicación, no cabe duda que sería la de PRACTICA, puesto que a lo largo de todas sus secciones se pretende ofrecer a los lectores una información que les sirva de apoyo en el ejercicio de su profesión.

Teniendo en cuenta la discrecionalidad que las normas de derecho de familia dan a los órganos judiciales para resolver las controversias, la jurisprudencia es la parte básica de esta publicación. Por su extraordinaria importancia, las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que afectan al ámbito familiar, tienen un destacado tratamiento, puesto que no sólo se transcriben los fundamentos jurídicos esenciales de cada resolución, sino que también se incluye un análisis del caso concreto y unos comentarios prácticos. La doctrina de las Audiencias Provinciales también será objeto de estudio y así en cada uno de los

números se insertará un amplio repertorio de resoluciones agrupadas en las siguientes secciones: causas de separación, divorcio y nulidad; patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas; vivienda familiar, pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio; pensión compensatoria; cuestiones procesales; ejecución de sentencias; régimen económico matrimonial; procedimientos de menores; filiación; uniones de hecho; eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas; sustracción de menores, y temas penales.

Los estudios prácticos tendrán cabida en dos secciones, una doctrinal y otra que denominaremos “Tribuna Abierta”. La sección doctrinal está destinada a los artículos de mayor extensión y profundidad y abarcará todas las disciplinas que estén relacionadas con el derecho de familia, por lo que, junto con los temas clásicos, también aparecerán artículos de derechos fiscal, derecho internacional privado, mediación familiar, etc. La “Tribuna Abierta” pretende ser un foro permanente donde todos los lectores puedan participar de forma activa a través de artículos breves sobre temas puntuales de derecho de familia, comentarios de sentencias o análisis de casos prácticos, etc.

La existencia en nuestro país de procedimientos de familia en los que uno o ambos cónyuges (o convivientes de hecho) tienen nacionalidad extranjera, justifica la existencia de una sección específica de derecho comparado, y así en cada número se irá comentando la regulación que los distintos países tienen en materia de derecho de familia.

Otra sección fija de la revista estará destinada a informar puntualmente a todos los lectores de los borradores, proyectos, tramitación parlamentaria y texto definitivo de todas las leyes, tanto nacionales como autonómicas que afecten al derecho de familia.

Por último, y como suele ser tradicional en este tipo de publicaciones, se incluirán reseñas de libros y artículos doctrinales y noticias de jornadas de derecho de familia.

Esta revista nace con la misma sencillez y entusiasmo con que se inició la colección de “Derecho de Familia”, y no tiene otra pretensión que servir como un instrumento útil para todos los profesionales del Derecho que día a día tienen que desempeñar su trabajo en este campo, tan difícil pero a la vez tan gratificante, que es el ámbito de las relaciones familiares.

Antonio Javier Pérez Martín

INDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Determinación del carácter ganancial o privativo de los inmuebles en el momento de liquidar la sociedad de gananciales. *Antonio Javier Pérez Martín* 21
- El delito de impago de pensiones. *Juan José Reyes Gallur* ... 37
- Tratamiento Fiscal de las pensiones alimenticias y compensatorias. Especial referencia a dos problemas clásicos: la capitalización de la pensión compensatoria y la distribución de las cargas matrimoniales entre el cónyuge y los hijos. *Alfonso Polo Soriano* 51

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61
- I. Modificación de medidas adoptadas por un Tribunal extranjero (*A. de 16 de junio de 1997*) 61
- II. Adopción. Sustanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria (*S. de 16 de junio de 1997*) 63
- III. Emplazamiento por medio de edictos (*S. de 10 de noviembre de 1997*) 67
- IV. Solicitud de Abogado y Procurador de oficio para interponer recurso de apelación (*S. de 4 de diciembre de 1997*) 68
- V. Inadmisión del recurso de reposición por no citar los preceptos legales infringidos (*A. de 10 de noviembre de 1997*) 70

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	73
I. Uniones de hecho	73
1. Liquidación de los bienes tras el cese de la convivencia <i>(S. de 29 de octubre de 1997)</i>	73
2. Validez del documento notarial que suscribieron los con- viviendo para regular las relaciones paterno-filiales <i>(S. de 24</i> <i>de noviembre de 1997)</i>	76
II. Filiación	78
1. Reconocimiento de filiación	78
1.1. Reconocimiento de filiación extramatrimonial a tra- vés de expediente gubernativo tramitado ante el en- cargado del Registro Civil <i>(S. de 9 de octubre de</i> <i>1997)</i>	78
2. Reclamación de paternidad	80
2.1. Insuficiencia de la prueba de confesión judicial y tes- tificial <i>(S. de 3 de noviembre de 1997)</i>	80
2.2. Declaración en base a otros hechos de los que se in- fiere la paternidad. Pensión alimenticia <i>(S. de 17 de</i> <i>noviembre de 1997)</i>	82
2.3. Insuficiencia probatoria de la prueba testifical <i>(S. de</i> <i>19 de noviembre de 1997)</i>	85
2.4. Falta de intervención del Ministerio Fiscal. Valora- ción de la prueba testifical <i>(S. de 12 de diciembre de</i> <i>1997)</i>	86
2.5. Prueba biológica practicada para mejor proveer <i>(S. de 26 de septiembre de 1997)</i>	89
2.6. Investigación de paternidad. Práctica de la prueba biológica por un solo perito. Interés indirecto del tes- tigo <i>(S. de 28 de octubre de 1997)</i>	91
2.7. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al hijo menor. Valoración de la falta de po- sesión de estado <i>(S. de 29 de diciembre de 1997)</i> .	93

	Página
3. Impugnación de paternidad	96
3.1. Impugnación de paternidad posterior a su reconocimiento ante el Registro Civil (<i>S. de 31 de octubre de 1997</i>)	96
III. Regímenes económicos matrimoniales	98
1. Disposición de bienes	98
1.1. Nulidad de la enajenación de un inmueble efectuada por el marido sin el consentimiento de la esposa (<i>S. de 14 de julio de 1997</i>)	98
1.2. Venta por un cónyuge de una finca propiedad exclusiva del otro cónyuge sin mandato del mismo (<i>S. de 3 de noviembre de 1997</i>)	100
1.3. Régimen de separación de bienes. La disposición de un inmueble perteneciente en proindiviso a los cónyuges debe contar con el consentimiento de ambos (<i>S. de 19 de noviembre de 1997</i>)	103
2. Responsabilidad por deudas privativas y gananciales	106
2.1. La esposa no es deudora en los contratos de compraventa mercantil celebrados por el marido (<i>S. de 2 de diciembre de 1997</i>)	106
2.2. Tercería de dominio sobre bienes gananciales. La esposa sigue respondiendo de las deudas gananciales con los bienes adjudicados en la liquidación (<i>S. de 17 de julio de 1997</i>)	108
3. Liquidación de la sociedad de gananciales	111
3.1. Eficacia y validez de la liquidación de sociedad de gananciales pactada en documento privado (<i>S. de 19 de diciembre de 1997</i>)	111
3.2. Liquidación de gananciales. Atribución del uso de la vivienda familiar (<i>S. de 10 de noviembre de 1997</i>)	115
3.3. Inmueble privativo de la esposa (<i>S. de 12 de noviembre de 1997</i>)	116

	Página
3.4. Inventario. Ajuste de la situación económica de la sociedad al estado que tiene cuando se liquida (<i>S. de 25 de septiembre de 1997</i>)	119
3.5. Impugnación de la valoración de un inmueble (<i>S. de 17 de septiembre de 1997</i>)	122
3.6. Cumplimiento de un convenio extrajudicial de liquidación de gananciales (<i>S. de 22 de noviembre de 1997</i>)	124
AUDIENCIAS PROVINCIALES	127
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	127
1. Separación	127
1.1. La desaparición de la <i> affectio conyugalis </i> viene siendo admitida como una causa más de separación matrimonial que evita y hace innecesario imputaciones concretas de las partes. <i> AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 8 de julio de 1997 </i>	127
1.2. Si se acredita la ruptura de la convivencia de los cónyuges es causa suficiente para decretar la separación. <i> AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 27 de octubre de 1997 </i>	127
1.3. La acreditación de un estado de desafección entre los esposos es causa suficiente de separación. <i> AP SANTANDER, Sec. 3.ª, S. de 28 de octubre de 1997 ... </i>	128
2. Divorcio	129
2.1. Procede decretar el divorcio a pesar de que ambos cónyuges estuviesen conviviendo en el mismo domicilio tras su separación durante un cierto tiempo. <i> AP LA CORUÑA, Sec. 5.ª, S. de 7 de noviembre de 1997 </i>	129
2.2. Procede decretar el divorcio cuando ha quedado acreditado que los cónyuges, a pesar de vivir en el mismo domicilio, tenían vidas completamente independientes, habiendo desaparecido entre ellos la <i> affectio maritalis </i> . <i> AP LA CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 13 de noviembre de 1997 </i>	130

	Página
3. Nulidad	131
3.1. Para que el error en las cualidades personales sea causa de nulidad matrimonial debe referirse a las de tipo psicológico o personal y no a las de carácter social. <i>AP SANTA CRUZ, Sec. 1.ª, S. de 1 de octubre de 1997</i>	131
3.2. Procede declarar la nulidad del matrimonio cuando uno de los contrayentes tiene como único fin adquirir la nacionalidad española. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 30 de septiembre de 1997</i>	132
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas ..	133
1. Patria potestad	133
1.1. Atribuido con carácter exclusivo a la madre el ejercicio de la patria potestad, para que se atribuya conjuntamente a ambos progenitores es necesario que el padre acredite cumplidamente que ha superado sus problemas de salud. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de junio de 1997</i>	133
1.2. La privación de la patria potestad o de su ejercicio ha de limitarse a supuestos de índole excepcional. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 23 de septiembre de 1997</i>	134
2. Guarda y custodia	135
2.1. No procede modificar la atribución de la guarda y custodia de los menores que se hizo a la madre a pesar de las limitaciones mentales de ésta. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 14 de octubre de 1997</i>	135
2.2. La desatención educativa e higiénica en la que permanecía el menor es causa para otorgar la guarda y custodia al otro progenitor. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 2 de octubre de 1997</i>	136
2.3. No procede modificar la atribución de la guarda y custodia a favor de la madre a pesar de que se le ha diagnosticado una neurosis ansioso-depresiva puesto que según el informe médico, ésta no precisa tratamiento ni tiene su origen en una patología neurológica. <i>AP SANTANDER, Sec. 2.ª, S. de 16 de octubre de 1997</i>	137

	Página
3. Régimen de visitas	138
3.1. Si los progenitores tienen su residencia en lugares distantes procede establecer un régimen de visitas con períodos más largos, aun cuando éstos sean menos frecuentes, y garantizar la comunicación postal y telefónica de las niñas con su padre de forma adecuada. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de enero de 1998</i>	138
3.2. No procede imponer al progenitor custodio el pago de la mitad de los gastos de transporte para el cumplimiento del régimen de visitas. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de enero de de 1998</i>	139
3.3. Si cuando se firmó el convenio regulador el menor tenía once meses, la circunstancia de que ahora tenga seis años debe considerarse como una alteración sustancial a los efectos de fijar un nuevo régimen de visitas. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de junio de 1997</i>	139
3.4. En el supuesto de que los hijos residan en un país diferente al del padre no custodio, se considera adecuado que ambos progenitores soporten los gastos de desplazamiento de las hijas para el cumplimiento del régimen de visitas. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 23 de septiembre de 1997</i>	140
III. Vivienda familiar	141
1. Si la vivienda familiar fue abandonada por los cónyuges no procede la aplicación del artículo 96 del Código Civil. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 17 de diciembre de 1997</i>	141
2. No procede hacer atribución por plantas de aquel domicilio conyugal que constante matrimonio constituyó una unidad de uso. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S de 9 de enero de 1998</i>	141
3. Si no existen hijos, no procede atribuir sin límite temporal el uso de la vivienda al otro cónyuge. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de junio de 1997</i>	142
4. Para que existiendo hijos, el uso del domicilio familiar se atribuya al cónyuge no custodio, es necesario una sólida prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que hacen del interés de aquél el más necesitado de protección. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 8 de julio de 1997</i> ...	143

	Página
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	143
1. Alimentos entre cónyuges	143
1.1. Procede fijar alimentos entre cónyuges en la sentencia de separación. No procede fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia. <i>AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, S. de 13 de noviembre de 1997</i>	143
1.2. Es procedente fijar una pensión alimenticia para el cónyuge en la sentencia de separación matrimonial, que es compatible al mismo tiempo con una pensión compensatoria. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 27 de octubre de 1997</i>	144
1.3. Procede fijar una pensión alimenticia a favor de la esposa debiendo atenderse para su fijación a la proporcionalidad establecida en el art. 142 del Código Civil. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 8 de enero de 1998</i>	145
2. Alimentos a los hijos	146
2.1. Si el progenitor que tiene la guarda y custodia accede a un trabajo remunerado procede modificar la cuantía de la pensión alimenticia. <i>AP TERUEL, Sec. 1.ª, S. de 17 de diciembre de 1997</i>	146
2.2. No procede disminuir la cuantía de la pensión alimenticia por el nacimiento de nuevos hijos ya que los ingresos del alimentante permiten mantener a la segunda hija sin menoscabo alguno de las atenciones debidas a la primera. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de enero de 1998</i>	147
2.3. No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia por el nacimiento de un nuevo hijo de otro matrimonio, cuando la madre del mismo también percibe ingresos. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 23 de septiembre de 1997</i>	147
2.4. La circunstancia de que el hijo haya realizado alguna actividad laboral con carácter temporal, no es causa de no reconocimiento del derecho a percibir una pensión, si bien procede dejar en suspenso su efectividad ejecutiva en aquellos períodos en que el hijo perciba ingresos por trabajo o prestaciones por desempleo. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de septiembre de 1997</i>	148

	Página
V. Pensión compensatoria	149
1. Concesión	149
1.1. No procede conceder una pensión compensatoria si la esposa únicamente solicitó una pensión alimenticia. <i>AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, S. de 13 de noviembre de 1997</i>	149
1.2. Concesión de una pensión compensatoria temporal a pesar de que la esposa percibe ingresos de cierta importancia. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 17 de diciembre de 1997</i>	150
1.3. Procede señalar una pensión compensatoria incluso después de transcurrido cierto tiempo desde la separación de hecho de los cónyuges. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 1.ª, S. de 11 de noviembre de 1997</i>	151
1.4. El momento que hay que apreciar para comprobar si existe desequilibrio económico es el que tuvo lugar con la ruptura de la convivencia. No procede conceder pensión compensatoria cuando ha existido una larga separación sin ayudas recíprocas de tipo económico. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 3 de julio de 1997</i>	152
1.5. El convenio regulador firmado pero no ratificado tiene su valor y puede servir de pauta para fijar las medidas en un procedimiento contencioso de separación o divorcio. No puede alegarse engaño en el momento de redactar el convenio, al haber estado asistida la parte por letrado y haberse otorgado en escritura pública. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de septiembre de 1997</i>	153
2. Modificación	154
2.1. El error de cálculo al fijar la cuantía de la pensión en el convenio regulador no es causa de modificación de medidas. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 2 de enero de 1998</i>	154
2.2. La liquidación de la sociedad de gananciales no es una circunstancia a tener en cuenta para modificar la cuantía de la pensión compensatoria. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de junio de 1997</i>	154

	Página
2.3. Una vez fijada la pensión compensatoria no es posible aumentar su cuantía en base a los incrementos patrimoniales que pudiera experimentar la persona obligada a su pago. <i>AP CUENCA, S. de 19 de noviembre de 1997</i>	155
3. Extinción	156
3.1. La pensión compensatoria no se extingue porque con posterioridad a la sentencia de divorcio se haya declarado la eficacia civil de la sentencia de nulidad eclesiástica. <i>AP HUELVA, Sec. 1.ª, S. de 8 de octubre de 1997</i>	156
3.2. No es causa de extinción de la pensión compensatoria la circunstancia de que la esposa tenga un contrato de trabajo temporal. Procede en cambio dejar en suspenso la pensión compensatoria en aquellos períodos en que la esposa perciba ingresos por trabajo o prestaciones por desempleo. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 30 de septiembre de 1997</i>	157
3.3. Procede declarar extinguida la pensión compensatoria si con posterioridad la esposa recibe dos herencias que hacen aumentar su patrimonio y obtener rendimientos mensuales. <i>AP CUENCA, S. de 19 de noviembre de 1997</i>	158
VI. Cuestiones procesales	159
1. Para la fijación, modificación o extinción de alimentos de los hijos mayores de edad se exige que los mismos se constituyan en parte o que otorguen poderes al progenitor con el que conviven. <i>AP SALAMANCA, Sec. 1.ª, S. de 20 de noviembre de 1997</i>	159
2. El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar los alimentos en el procedimiento matrimonial. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de enero de 1998</i>	160
3. Procede declarar la nulidad de las actuaciones si conoció de la demanda de modificación un juzgado distinto del que dictó la sentencia de divorcio. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de junio de 1997</i>	160

	Página
4. Procede declarar la nulidad de lo actuado desde la declaración de rebeldía, puesto que el demandado había contestado a la demanda, aunque por error hizo constar un número distinto de procedimiento. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 6 de febrero de 1998</i>	161
5. El progenitor que convive con los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar la pensión alimenticia de éstos. <i>AP SANTANDER, Sec. 2.ª, S. de 2 de octubre de 1997</i>	162
6. No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario si no se demanda a los hijos mayores de edad en el procedimiento de modificación de medidas. <i>AP SANTANDER, Sec. 2.ª, S. de 20 de noviembre de 1997</i>	163
VII. Ejecución de sentencias	164
1. El procedimiento a seguir para reclamar las pensiones impagadas es el art. 921 de la LEC. El plazo de prescripción de las pensiones no abonadas es de cinco años. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 12 de enero de 1998</i>	164
2. La acción para reclamar pensiones atrasadas prescribe a los cinco años, sin embargo, si ya se reclamaron y se inició la correspondiente ejecutoria, será de aplicación el plazo de quince años. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de septiembre de 1997</i>	165
3. No procede retener la totalidad de la pensión por invalidez que cobra el deudor para hacer frente al pago de la pensión alimenticia y compensatoria. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 12 de enero de 1998</i>	167
4. La realización por los hijos de cursos de especialización deben ser considerados gastos extraordinarios, cuyo abono no debe efectuarse con el importe de la pensión ordinaria. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 20 de enero de 1998</i> ..	168
5. La pensión alimenticia hay que abonarla en la cuenta bancaria designada, sin que tenga efectos liberatorios el pago de ropas, clases de ballet o entregas a la hija, pagos que tienen la consideración de liberalidades. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de septiembre de 1997</i>	169
6. El convenio regulador hay que cumplirlo en sus propios términos sin que pueda justificarse su impago en casos no específicamente previstos en el mismo. La ejecución seguirá los trámites del art. 921 de la LEC, sin que pueda atenderse en este trámite la petición de modificación de la cuantía. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 20 de enero de 1998</i> ..	169

	Página
7. No procede compensar la deuda alimenticia que tiene el deudor frente a su hijo con los pagos que haya realizado como consecuencia de unas obras realizadas en la vivienda familiar. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 19 de enero de 1998</i>	170
8. Resulta anómalo exigir judicialmente el cumplimiento del régimen de visitas cuando el menor tiene catorce o dieciséis años. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 3 de junio de 1997 . . .</i>	171
VIII. Régimen económico matrimonial	172
1. No procede declarar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por vicio en el consentimiento, en base a la alegación de que el mismo fue prestado bajo la influencia de unos medicamentos que disminuían sus facultades físicas y psíquicas. <i>AP SANTA CRUZ, Sec. 1.ª, S. de 1 de octubre de 1997</i>	172
2. En el ejercicio de acciones reales sobre bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, debe demandarse a ambos cónyuges, y si no es así, procede estimar, incluso de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario. <i>AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, S. de 29 de noviembre de 1997</i>	173
3. Si se ejercitan acciones reales sobre los bienes gananciales debe demandarse a ambos cónyuges, a diferencia de las acciones personales que se dirigen exclusivamente contra el cónyuge que fue parte en el contrato. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 28 de octubre de 1997</i>	174
4. Para liquidar la sociedad de gananciales procede seguir el procedimiento de testamentaría con independencia de que en la comparecencia inicial no exista acuerdo entre los cónyuges, pudiendo las partes promover el incidente de exclusión o inclusión de bienes. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, Auto de 28 de octubre de 1997</i>	175
5. Acreditado en autos que uno de los cónyuges dispuso de cierta cantidad constante la sociedad, su inclusión en el activo en el momento de la liquidación dependerá si dichas cantidades se emplearon o no en atenciones o cargas de la familia, recayendo la carga de la prueba en el cónyuge que dispuso de la misma. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de julio de 1997</i>	176
6. La vivienda comprada antes de contraer matrimonio tendrá carácter ganancial en la proporción que corresponda a los pagos que, constante el matrimonio, se hayan realizado de los préstamos que se formalizaron en el momento de adquirirla. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 3.ª, S. de 3 de noviembre de 1997</i>	177

	Página
IX. Procedimientos de menores	178
1. Pese a los intentos de la entidad pública, no procede acordar el reintegro de los menores con sus progenitores cuando estos no han superado su problema de alcoholismo. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 12 de junio de 1997</i>	178
2. Procede dejar sin efecto la declaración de desamparo y reintegrar al menor a su familia biológica, debiendo prestarse las ayudas psico-sociales, personales y económicas que sean necesarias por parte de la Administración. <i>AP TARRAGONA, Sec. 1.ª, S. de 23 de octubre de 1997</i>	179
3. La abuela biológica de la menor no tiene legitimación para instar la revocación de la declaración de desamparo pero sí en cambio para solicitar, por vía del art. 158 del CC, la guarda y custodia de la misma. <i>AP ALAVA, Sec. 2.ª, S. de 12 de diciembre de 1997</i>	179
X. Filiación	181
1. El supuesto padre biológico sin posesión de estado está legitimado en todo momento para reclamar su paternidad y para impugnar la contradictoria, sin embargo, esa falta de posesión de estado debe ser tenida en cuenta en el momento de la valoración de la prueba. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 24 de junio de 1997</i>	181
2. La negativa a someterse a las pruebas de paternidad constituye un indicio muy cualificado, pero debe completarse con otras pruebas que sean absolutamente definitivas y conduzcan directamente al Juzgador al convencimiento de la paternidad. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 31 de diciembre de 1997</i>	183
XI. Uniones de hecho	184
1. La regulación de forma consensual de las relaciones habidas en una unión de hecho debe tramitarse por el cauce de la jurisdicción voluntaria. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de noviembre de 1997</i>	184

	Página
2. A falta de una norma específica que regule la competencia territorial para el conocimiento de las demandas de una unión de hecho, resultan aplicables por analogía las normas contenidas en la disposición adicional tercera de la Ley 30/81, de 7 de julio. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 30 de enero de 1998</i>	185
XII. Eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas	186
1. Procede mantener la pensión compensatoria impuesta en la sentencia de divorcio, si bien con carácter de indemnización, a pesar de haberse declarado la eficacia civil de la nulidad eclesiástica. <i>AP VALENCIA, Sec. 9.ª, S. de 17 de noviembre de 1997</i>	186
2. No procede conceder efectos civiles a la sentencia canónica que declara nulo el matrimonio por vicio en el consentimiento, puesto que no puede equipararse con la inexistencia del consentimiento prevista en el art. 73.1.º del Código Civil. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 2 de enero de 1998</i>	187
XIII. Sustracción de menores	188
1. No procede la restitución del menor, ya que cuando el Tribunal extranjero en el año 1995 dictó la resolución acordando la guarda y custodia a favor del padre, el menor y la madre ya vivían en España desde el año 1994 y por otro lado, sería perjudicial para el menor. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 24 de junio de 1997</i>	188
2. No habiéndose acreditado la integración de los menores en su nuevo medio de forma beneficiosa para ellos, procede decretar su reintegro al padre en su país de origen. <i>AP BARCELONA, Sec. 1.ª, S. de 4 de noviembre de 1997</i>	190
XIV. Temas penales	191
1. No procede condenar por vía del art. 622 del Código Penal a la madre que no se encontraba en su domicilio, sin causa justificada, cuando el padre debía ejercer el derecho de visitas. <i>AP CORDOBA, Sec. 3.ª, S. de 23 de marzo de 1998</i>	191

DERECHO COMPARADO

- El Divorcio en Francia. *Antonio Aparicio Hackett* 195
- El Divorcio en Italia. *Antonio Aparicio Hackett* 205

TRIBUNA ABIERTA

- ¿Los separados que tienen que pagar una pensión son una modalidad actual de los siervos de la gleba? 217
- ¿Cómo puede atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando existen hijos menores en el matrimonio? .. 222

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja 229

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 241

ESTUDIOS DOCTRINALES

DETERMINACION DEL CARACTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LOS INMUEBLES EN EL MOMENTO DE LIQUIDAR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

ANTONIO JAVIER PEREZ MARTIN

Secretario de Juzgado de Familia. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
 - II. ADQUISICION DE INMUEBLES.
 - 1. **Antes de que tenga lugar el matrimonio.**
 - 2. **Constante el matrimonio.**
 - A) Pago inicial del inmueble con dinero ganancial y pagos posteriores con dinero privativo.
 - B) Pago inicial del inmueble con dinero privativo y pagos posteriores con dinero ganancial.
 - C) Pagos realizados desde la separación de hecho de los cónyuges.
 - D) Pagos realizados desde el auto de medidas provisionales.
 - E) Pagos realizados después de la sentencia de separación.
 - III. CONSTRUCCION DE INMUEBLES.
 - 1. **Inmueble construido con dinero ganancial en un terreno privativo.**
 - 2. **Inmueble construido con dinero privativo en un terreno de propiedad ganancial.**
-

IV. OBRAS REALIZADAS EN LOS INMUEBLES.

1. **Realizadas en vivienda ganancial con dinero privativo.**
2. **Realizadas en vivienda privativa con dinero ganancial.**

V. PRECISIONES RESPECTO A LA ADQUISICION Y MEJORAS DE INMUEBLES.

1. **¿A qué fecha debe actualizarse el valor?**
2. **¿Qué criterios deben seguirse para actualizar el valor?**

VI. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA VALORACION DE LOS INMUEBLES.

1. **¿Qué valor le daremos a un inmueble adquirido en régimen de protección oficial?**
 2. **¿La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges influirá en la valoración de la misma?**
-

I. INTRODUCCION

Cuando dos personas decidan casarse bajo el régimen de gananciales, ya saben que cuando se disuelva dicho régimen, tendrán que dividir por mitad todas las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio y que forman el patrimonio ganancial.

Para llegar a ese reparto final, será necesario recorrer un largo camino donde nos encontraremos con actuaciones jurídicas, valoraciones periciales, pagos a acreedores, operaciones contables y aritméticas, etc. Pero sin duda, el primer paso que debemos dar es determinar con exactitud cuál es el patrimonio de la sociedad, para lo cual se cita a las partes a la formación de un inventario. Si no existe ningún tipo de dudas respecto a qué bienes forman la masa ganancial y qué deudas tiene a su cargo la misma, podrán iniciarse las operaciones de valoración y las posteriores de adjudicación. Sin embargo, si en la formación de ese inventario existe controversia respecto a qué bienes deben incluirse en el activo de la sociedad, antes de continuar, será necesario determinar exactamente lo que es ganancial y lo que es privativo, es decir, separar por un lado los bienes propios de cada uno de los cónyuges y por otro, los que pertenecen a la sociedad. No olvidemos que aunque en un matrimonio exista cierta apariencia de que los bienes que se utilizan por la familia pertenecen a ambos cónyuges, la realidad es que coexisten masas patrimoniales privativas de los cónyuges con la masa ganancial.

Antes de iniciar el estudio detallado de cada uno de los bienes, para determinar su carácter privativo o ganancial, es necesario tener en cuenta que el art. 1361 del CC fija los términos del debate al establecer una presunción *iuris tantum*:

“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer”.

Por tanto, si hay dudas sobre el carácter privativo o ganancial de un bien hay que estimar que es ganancial y aquel de los cónyuges que sostenga el carácter privativo de dicho bien deberá acreditarlo de modo fehaciente. Esta destrucción de la presunción de ganancialidad, como señala reiteradamente la jurisprudencia:

“... ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose tanto a efectos civiles como registrales que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes”.

En la STS de 15 de diciembre de 1994 se valoró la posibilidad de desvirtuar la presunción de ganancialidad en base a las declaraciones de testigos, des-

estimando el Tribunal Supremo tal pretensión, por no considerarla una prueba total y concluyente.

La determinación del carácter ganancial de los bienes inmuebles que existen en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales es una de las cuestiones que mayor litigiosidad plantea, ya que como es normal son los bienes que más valor tienen y en ocasiones suele constituir el único o principal bien. Las complicaciones surgen generalmente por la adquisición de inmuebles antes del matrimonio por uno o ambos cónyuges, por los pagos posteriores con dinero ganancial o privativo, por el carácter del inmueble, esto es, si se trata de la vivienda familiar o es un inmueble adquirido con fines de inversión, etc.

II. ADQUISICION DE INMUEBLES

1. Antes de que tenga lugar el matrimonio.

- A) Compra de un inmueble en documento privado por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, otorgándose escritura pública o inscribiéndose en el registro constante el matrimonio.

Si el precio del inmueble se abonó íntegramente, bien al contado o a plazos, antes de contraer matrimonio, se trata de un bien enteramente de carácter privativo, puesto que la compraventa se perfeccionó con el documento privado. La elevación a público de ese documento no es más que una constatación solemne de la compraventa, y por tanto no depende de este hecho la perfección, eficacia y obligatoriedad de la misma. Como señala el Tribunal Supremo, la compraventa de bienes inmuebles no es un negocio formal y, por consiguiente, el otorgamiento de la escritura no cobra valor de requisito del negocio o de forma *ad substantiam*.

Por lo que respecta a la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad vigente la sociedad de gananciales, este hecho no modifica su carácter privativo. No obstante, habrá que tener en cuenta que conforme señala el art. 95.2 del Reglamento Hipotecario, para la inscripción, como privativos de un cónyuge, de bienes inmuebles adquiridos a título oneroso es preciso aportar prueba documental pública de la procedencia privativa del numerario invertido en la adquisición o de la contraprestación efectuada por el cónyuge que pretende el empleo o reembolso de los mismos.

Si no se acredita esto, se inscribirá a nombre del adquirente con carácter presuntivamente ganancial, lo que obligará al cónyuge propietario a demostrar que es dueño exclusivo en un posterior procedimiento. A tal efecto, hay que tener muy claro que lo que es o debe ser ganancial no viene determinado por la

titularidad formal con que aparece en el Registro, sino por la calificación jurídica que se deriva de la propia adquisición y de la procedencia real y no presumida de los bienes o fondos que se han empleado para su adquisición.

Si los gastos e impuestos que debieron abonarse para el otorgamiento de la escritura pública o inscripción en el registro corrieron a cargo de la sociedad de gananciales ¿tendrán algún reflejo en el activo de la sociedad? Teniendo en cuenta que dichos gastos no están incluidos dentro de las cargas de la sociedad de gananciales del art. 1362 del CC (gastos de administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges), si se abonan con bienes comunes darán lugar a su reintegro y por tanto, su valor actualizado se incluirá en el activo de la sociedad.

- B) Compra de un inmueble al contado por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio, inscribiéndose en el Registro exclusivamente a nombre de uno de ellos.

Este supuesto no afecta para nada a la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que se tratará siempre de un bien privativo del cónyuge a favor del cual está inscrito o en su caso de ambos, si en el posterior procedimiento declarativo se acreditan las aportaciones del otro cónyuge.

- C) Compra a plazos de un inmueble efectuada por uno o por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio.

El diferente tratamiento jurídico que otorga el legislador a la vivienda familiar diferenciándola del resto de inmuebles nos obliga a establecer la siguiente distinción:

- a) Inmueble que no constituye vivienda familiar.

En estos casos, será de aplicación el art. 1357 del CC:

“Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial”.

¿Qué pasa entonces con las cantidades de carácter ganancial que se han pagado para la adquisición del inmueble? Aplicando el art. 1358 del CC:

“... habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

Supongamos que una señora antes de casarse compra un inmueble por 8.500.000 ptas., abonando al otorgamiento de la escritura 3.000.000 de ptas., constituyendo una hipoteca por los 5.500.000 ptas. restantes, de los cuales

1.500.000 amortiza antes de contraer matrimonio, y el resto con posterioridad. Cuando se liquide la sociedad de gananciales, en el activo se incluirán un crédito de 4.000.000 de ptas. más el importe de la revalorización de esa cantidad.

b) Inmueble que constituye la vivienda familiar.

Como excepción al régimen general de adquisición de bienes antes de contraer matrimonio, el párrafo segundo del art. 1357 del CC señala que:

“Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354”.

Es decir, cuando el inmueble adquirido por uno o por ambos cónyuges pase a constituir la vivienda familiar, pertenecerán en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. A estos efectos, hay que tener en cuenta que según dispone el art. 91.2 del Reglamento Hipotecario:

“El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado”.

Utilizando el mismo supuesto anterior, si la vivienda pasase a constituir el domicilio familiar, la misma pertenecería en proindiviso al cónyuge y a la sociedad de gananciales en la siguiente proporción: un 53% para la mujer y un 47% para la sociedad de gananciales. Por tanto, al liquidar la sociedad, en el activo se incluiría exclusivamente ese 47% del inmueble.

En cierta ocasión, y para intentar justificar que un inmueble tenía carácter privativo, se alegó que el precio se abonó al vendedor al contado, con independencia de que se suscribiera un préstamo hipotecario con una entidad bancaria y que las amortizaciones se abonaran constante el matrimonio. El Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 1989, resolvió la cuestión equiparando las amortizaciones de la hipoteca a los pagos de una compraventa a plazos, y por consiguiente aplicando el art. 1357 del CC declaró que el inmueble correspondía en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de sus aportaciones.

2. Constante el matrimonio.

A) Pago inicial del inmueble con dinero ganancial y pagos posteriores con dinero privativo.

El inmueble que se adquiere por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales, efectuándose el pago inicial con dinero ganancial, tendrá siem-

pre el carácter de ganancial, con independencia de que los pagos posteriores se hagan con dinero privativo.

¿Cómo se incluye este supuesto en el inventario? En el activo, el inmueble y en el pasivo, el valor actualizado de las aportaciones que se efectuaron por los cónyuges o por uno de ellos con dinero privativo.

B) Pago inicial del inmueble con dinero privativo y pagos posteriores con dinero ganancial.

Aplicando el art. 1356 del CC será bien privativo, sin perjuicio de los correspondientes reintegros a favor de la sociedad de gananciales. No obstante ¿se aplicará a este supuesto el párrafo segundo del art. 1354 del CC si el inmueble constituye la vivienda familiar? En principio, el art. 1356 del CC no contempla esta posibilidad, aunque aplicando la analogía podremos llegar a la conclusión de que tendrá carácter ganancial y privativo en las correspondientes proporciones.

C) Pagos realizados desde la separación de hecho de los cónyuges.

En ocasiones los cónyuges, bien con el consentimiento expreso o tácito de ambos, o impuesto unilateralmente por uno de ellos, han dejado de convivir juntos, sin que ello se haya regulado notarial o judicialmente. Si durante este tiempo de separación de hecho, uno solo de los cónyuges ha seguido abonando el préstamo que gravaba la vivienda familiar, se plantearán problemas en el momento de efectuar el inventario, ya que no parece lógico que el otro se lleve la mitad del patrimonio.

Si ninguno de los cónyuges ha solicitado al juez la disolución de la sociedad en base a lo establecido en el art. 1393 del CC, previsto para cuando los cónyuges llevan separados más de un año y no concurre ninguna otra causa de disolución, formalmente la sociedad de gananciales está vigente durante este periodo y por tanto, todos los ingresos que obtuviesen los cónyuges mientras estén separados de hecho, tendrían la consideración de gananciales, pero claro, esto no nos parece muy lógico. ¿Qué solución jurídica podemos darle a esta situación?

Cuando se reformó el Código Civil en materia de régimen económico matrimonial en el año 1981, el grupo parlamentario Socialista propuso la adición en el art. 1397 de un segundo párrafo con el siguiente tenor:

“Sin perjuicio de los derechos de terceros, ninguno de los cónyuges podrá pretender del otro que incluya en el activo de la sociedad, los bienes adquiridos con el producto de su trabajo personal desde la cesación de la vida en común”.

En la motivación de la enmienda se destacaba que siendo en ocasiones prolongada la tramitación de los procedimientos judiciales que han de concluir con la disolución de la sociedad de gananciales, hay que procurar evitar la situación de incertidumbre y aun de bloqueo que se produce en este interregno para los cónyuges que, a menudo, pierden la oportunidad de adquirir ventajosamente una vivienda, o cualquier otro bien, por el temor de que la adquisición sea llevada al fondo ganancial con el injustificado provecho del otro consorte, a pesar de haber cesado la vida en común que justifica la ganancialidad. Sin embargo, la enmienda se rechazó en el pleno del Congreso, y quedaron sin regularse jurídicamente las consecuencias de la separación de hecho en la sociedad de gananciales.

Afortunadamente estos casos han llegado al Tribunal Supremo, quien ha sentado una sólida, constante y reiterada jurisprudencia en el sentido de que:

“La separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia de los cónyuges, y por tanto entenderlo de otro modo sería un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social”.

Es decir, el lucro de los gananciales sólo se justifica en función de la comunidad de vida, cuando falta ésta, aunque legalmente siga existiendo la sociedad de gananciales, se enerva la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos por los cónyuges durante la separación de hecho.

Así pues, actualmente la separación de hecho, desde el punto de vista de la sociedad de gananciales, tendrá las siguientes consecuencias:

a) En la relación interna de los cónyuges.

Cuando con el tiempo vaya a liquidarse la sociedad, habrá que entender que los efectos de la disolución se retrotraen a la fecha en la que se inició dicha separación en lo que a ganancias y en general al activo patrimonial se refiere. Desde luego, otra cuestión distinta será la prueba en cuanto a la fecha de inicio de la separación.

Todos los gastos que se generen por la administración de la masa ganancial existente hasta el momento de la disolución deberán computarse como una deuda a cargo de la sociedad, y dará derecho al cónyuge que los haya abonado a su reintegro en la liquidación. La misma condición tendrá el pago de las deudas de la sociedad de gananciales desde la separación de hecho, siendo el supuesto más típico el pago del préstamo hipotecario de la vivienda familiar por uno solo de los cónyuges.

Por aplicación del art. 1368 del CC:

“También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales”.

En la práctica la aplicación de este precepto chocará con la enorme dificultad de cuantificar esta deuda para con la sociedad por parte del cónyuge incumplidor, y si tenemos en cuenta que la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales debe hacerse efectiva en proporción a los ingresos obtenidos por cada uno de ellos, la cuestión se complicará en demasía.

b) En la relación externa frente a terceros.

La separación de hecho no puede perjudicar a terceros de buena fe, y por tanto, hasta que no se dicte la correspondiente resolución declarando disuelta la sociedad de gananciales y se proceda a su inscripción en los Registros Públicos, será de aplicación íntegra todo el régimen de responsabilidad que existe cuando está constante la convivencia entre los cónyuges.

Ahora bien, ¿las deudas que los cónyuges contraigan durante la separación de hecho tendrán la consideración de privativas o gananciales? La regla general, según la doctrina mayoritaria, es que tendrán carácter privativo mientras que la ley no disponga otra cosa, o como ha afirmado la DGRN que la ganancialidad pasiva o de las deudas no se presume y, por tanto, deben estimarse en principio privativas. Para que pueda ser considerada ganancial, es preciso que se acredite que se obró o actuó en interés de la familia.

D) Pagos realizados desde el auto de medidas provisionales.

Antes señalábamos que el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha establecido que la razón de ser de la sociedad de gananciales estaba en la convivencia de los cónyuges, y que cuando faltaba ésta ya no tenía sentido la misma. Sin embargo, presentada una demanda de separación, divorcio o nulidad y dictado el auto de medidas provisionales en el que se acuerda la separación de los cónyuges, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad de gananciales continúa vigente, puesto que la causa de disolución es la sentencia firme de separación o divorcio. ¿Qué es lo que sucede en estos casos? Pues que desde el inicio de la crisis matrimonial, cada uno de los cónyuges intentará sustraer del patrimonio de la sociedad el mayor número de bienes posibles, en especial los saldos de las cuentas bancarias, dejará de hacer frente a las deudas que existan para que sea el otro cónyuge el que las haga efectivas, intentará ocultar los ingresos, etc., y en la práctica puede decirse que nos encontramos ante el expolio del patrimonio de la sociedad.

Cuando se modificó el Código Civil por la Ley 11/1981 de 13 de mayo en materia de régimen económico matrimonial, el Partido Socialista presentó una enmienda para que se incluyera dentro del art. 1393 del CC, dedicado a otras causas de disolución de la sociedad de gananciales, el siguiente texto:

“Podrá también solicitarse la disolución por haber entablado el peticionario o el otro cónyuge medidas provisionales de separación conyugal o nulidad matrimonial, y haber sido admitidas dichas medidas mediante el correspondiente auto judicial”.

La razón era elemental, la comunicación continua de bienes que produce la sociedad de gananciales no puede operar cuando ha quebrado la unión personal. Dicha enmienda se rechazó, sin que se volviese a plantear la cuestión, a pesar de que dicho partido tuvo mayoría parlamentaria en posteriores legislaturas.

En la práctica judicial se intentó corregir esta deficiencia legislativa, y algún juzgado incluyó dentro del auto de medidas provisionales un pronunciamiento referente a la suspensión del régimen económico matrimonial hasta que recaiga sentencia firme, sin embargo, las Audiencias Provinciales no han compartido esta tesis, básicamente por carecer de cobertura legal, puesto que no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico una posible suspensión del régimen de sociedad mientras está vigente el matrimonio.

¿Qué pasará con los pagos de la hipoteca que se efectúen por uno sólo de los cónyuges desde el auto de medidas provisionales hasta que sea la sentencia firme? ¿Este pago tendrá alguna consecuencia en la futura liquidación de la sociedad de gananciales? La respuesta a este interrogante nos lleva a otra cuestión controvertida cual es el carácter ganancial o privativo de los ingresos de los cónyuges después de dictarse el auto de medidas provisionales.

Tenemos dos opciones:

a) De acuerdo con lo establecido en el art. 1347 del CC, son bienes gananciales:

“Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges”.

Y por tanto, hasta que no se disuelva la sociedad, los ingresos de los cónyuges serán gananciales. El juez no tiene facultades para modificar este carácter en el auto de medidas provisionales. ¿Qué consecuencias tiene esta postura? Pues sencillamente:

Que no podrá incluirse en la liquidación como una deuda de la sociedad de gananciales las cantidades abonadas en concepto de contribución a las cargas del matrimonio desde el auto de medidas hasta que sea firme la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

Que aunque uno de los cónyuges sea el único que viene abonando el pago de la hipoteca de la vivienda familiar desde el auto de medidas provisionales, no podrá hacer uso de lo establecido en el art. 1364 del CC que señala que:

“El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común”.

b) Aplicando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo para las separaciones de hecho, considerar que desde el auto de medidas provisionales todos los ingresos de los cónyuges tienen carácter privativo, y que por tanto los pagos que uno de los cónyuges haga respecto a deudas de la sociedad de gananciales darán derecho a su reintegro en el momento de la liquidación.

E) Pagos realizados después de la sentencia de separación.

Si la sentencia de separación o divorcio es apelada continuarán vigentes las medidas provisionales y por tanto, será enteramente aplicable lo señalado en el párrafo anterior.

Desde el momento en que la sentencia adquiere firmeza, bien porque no se ha apelado o porque se ha dictado la correspondiente sentencia en segunda instancia, todos los pagos de la hipoteca que efectúe uno de los cónyuges darán derecho a reintegro en el momento de la liquidación. A estos efectos, será indiferente que el pago lo esté haciendo ese cónyuge voluntariamente o por decisión judicial.

Igualmente darán derecho a reintegro todos los pagos que en concepto de impuestos, gastos extraordinarios de comunidad, obras necesarias, etc., abone uno sólo de los cónyuges.

III. CONSTRUCCION DE INMUEBLES

1. Inmueble construido con dinero ganancial en un terreno privativo.

Por aplicación del art. 1359 del CC, el inmueble tendrá carácter privativo, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho a la sociedad de gananciales.

No obstante, esta afirmación exige ciertas precisiones, ya que habrá que estar a la fecha en que se efectuó la construcción. En efecto, señala la STS de 8 de febrero de 1993:

“El carácter ganancial o privativo de un bien adquirido constante el matrimonio ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente al tiempo en que ese bien se integra en el respectivo patrimo-

nio; desde el momento de su adquisición ese bien ha de considerarse como ganancial o privativo. Por todo ello, para la solución de la cuestión litigiosa ha de acudirse al texto del Código Civil anterior a la reforma llevada a efecto por la Ley de 13 de mayo de 1981”.

Por tanto, si la construcción fue anterior a la reforma de 1981, deberá aplicarse el antiguo art. 1404 del CC:

“... la construcción de edificios en terreno privativo de uno de los cónyuges será bien ganancial, abonándose el suelo al cónyuge a quien perteneciera”.

2. Inmueble construido con dinero privativo en un terreno de propiedad ganancial.

El inmueble tendrá carácter ganancial, de acuerdo con lo establecido en el art. 1359 del CC, y como hemos indicado antes, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho al cónyuge que aportó el dinero privativo.

Si el inmueble se construyó antes de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 no se producirá la accesión invertida, puesto que en la legislación anterior esta situación no se contemplaba.

IV. OBRAS REALIZADAS EN LOS INMUEBLES

1. Realizadas en vivienda ganancial con dinero privativo.

Las mejoras que se realicen en bienes gananciales con dinero privativo tendrán la consideración de gananciales, sin perjuicio de que cuando se liquide la sociedad se reintegre al cónyuge que aportó los bienes privativos el importe actualizado de dichas aportaciones.

2. Realizadas en vivienda privativa con dinero ganancial.

Las mejoras que se realicen en bienes privativos con dinero de la sociedad de gananciales, tendrán carácter privativo, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho a la sociedad de gananciales. Para esta valoración, el párrafo segundo del art. 1359 del CC señala que:

“La sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”.

Es decir, cuando por la inversión de bienes gananciales en un bien privativo éste aumente de valor, el reembolso a la sociedad no será sólo por el importe

del valor aportado en su día para la realización de esas mejoras, sino que será el equivalente al aumento de valor que haya tenido el bien.

Veamos con un ejemplo lo anterior. Uno de los cónyuges antes de casarse era propietario de una casa que estaba valorada en 5 millones. Después de contraer matrimonio, se hicieron diversas obras para construir unas habitaciones anexas y un garaje, obras que importaron 2 millones y que se abonaron con dinero ganancial. Al liquidarse la sociedad de gananciales, la casa tenía un valor de 15 millones. Por tanto, en el activo de la sociedad no se incluirán los 2 millones, sino el aumento de valor que haya tenido la vivienda. No obstante será una cantidad a determinar, puesto que deberá tenerse en cuenta que la casa, con independencia de las mejoras, por el transcurso del tiempo habrá tenido también un incremento de valor o plusvalía que tiene enteramente carácter privativo.

Es importante tener en cuenta que la carga de la prueba de que las obras o mejoras se realizaron con dinero ganancial corresponde al cónyuge que sostenga esta tesis, ya que el cónyuge propietario del inmueble está amparado por la presunción del art. 359 del CC:

“Todas las obras ... se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”.

Como se puede comprobar, el pago de la plusvalía que se hace a la sociedad de gananciales no resulta aplicable al caso que analizamos en el apartado anterior, es decir, obras realizadas con dinero privativo en un inmueble de carácter ganancial.

V. PRECISIONES RESPECTO A LA ADQUISICION Y MEJORAS DE INMUEBLES

En los apartados anteriores, cuando hemos hecho referencia al pago de cantidades por uno de los cónyuges o por la sociedad de gananciales, hemos hablado reiteradamente de reintegros por el valor actualizado, lo que nos lleva a analizar dos cuestiones.

1. **¿A qué fecha debe actualizarse el valor?**

El art. 1358 del CC señala que:

“Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

En este sentido la STS de 17 de febrero de 1992 indica que:

“La valoración se hace en la práctica, dado que no hay norma específica, al día de la liquidación, ya que hasta el referido día, el patrimonio continúa siendo común y los incrementos de valor o plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las disminuciones o minusvalías son de riesgo y ventaja de todos”.

Por tanto, es indiferente la fecha en la que tuvo lugar la disolución de la sociedad de gananciales y siempre deberá partirse de la fecha en que de una manera efectiva tiene lugar la liquidación.

2. ¿Qué criterios deben seguirse para actualizar el valor?

Respecto a esta cuestión no nos indica el Código Civil el procedimiento que debemos seguir para actualizar el valor de las cantidades que, bien con carácter ganancial o privativo, se invirtieron en su día y que ahora hay que devolver a su propietario. Obviamente, habrá que utilizar un criterio económico, pero el problema está en determinar, de entre los múltiples existentes, cuál será el aplicable. En esto no existe unanimidad, unos contadores partidores han aplicado el interés legal del dinero otros el IPC, otros en cambio han utilizado el MIBOR como índice de referencia. En principio, cualquiera de ellos nos puede servir, puesto que todos están directamente relacionados con la marcha de la economía, sin embargo, suele utilizarse con mayor frecuencia el IPC, bien el general o alguno de los específicos para vivienda.

VI. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA VALORACION DE LOS INMUEBLES

1. ¿Qué valor le daremos a un inmueble adquirido en régimen de protección oficial?

Caben dos posibilidades: valorarla de acuerdo con el precio oficial de venta marcado por la legislación de VPO o por el contrario valorarla conforme al precio real de mercado. El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 1995, optó por la primera de las hipótesis y fijó el precio establecido por la normativa vigente en materia de VPO, puesto que el régimen legal de estas viviendas se mantiene durante los 30 años siguientes a su adquisición. Sin embargo, otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo, como la de 11 de julio de 1995 y 16 de diciembre de 1995, mantuvieron el criterio de su valoración conforme al precio de mercado, utilizando los siguientes argumentos jurídicos:

“Con independencia de cuál sea el tratamiento de las viviendas sometidas al régimen especial y el carácter más o menos vinculante de

sus previsiones, tales sanciones se refieren entre otras, a prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado, y que, en el caso de autos, no se está, pues en el supuesto de hecho de que se trata de vender dicha vivienda, sino estrictamente en el cómputo de su valoración a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad” (STS de 11 de julio de 1995).

“La parte no está conforme con la valoración dada al piso en cuestión que está calificado como vivienda de protección oficial, sin reparar que, en ocasiones, el valor real de un bien, no coincide con su precio autorizado, en este caso, por limitaciones de orden administrativo. La posibilidad, sin embargo, de la descalificación, con las consecuencias legales inherentes a la misma, no puede razonablemente desconocerse, y, con ello, tampoco puede ignorarse que el precio entonces en el mercado sería notablemente mayor al autorizado. No se incurre, por tanto, en ningún acto contrario a norma imperativa que conduzca a una nulidad de pleno derecho, en tanto que sólo se previenen las consecuencias de una posible descalificación y su repercusión sobre el valor real, y entonces libre del inmueble” (STS de 16 de diciembre de 1995).

Y es que realmente, la valoración de una vivienda conforme a los módulos de la legislación de VPO, si bien no tiene ninguna trascendencia cuando la vivienda se adjudica en proindiviso a ambos cónyuges, sí perjudica gravemente a uno de ellos cuando es adjudicada con carácter exclusivo al otro. En una de las últimas liquidaciones que efectuamos en el juzgado, el inmueble tenía un valor a efectos de VPO de 3.750.000 ptas., mientras que el valor de mercado era de 11.000.000 de ptas. Por ello, lo razonable será valorar la vivienda conforme al informe pericial que se practique por el perito designado por las partes y de acuerdo con el precio de mercado, pues las limitaciones del precio de venta de las viviendas de Protección Oficial, tienen un carácter temporal y es factible la descalificación anticipada renunciando a los beneficios que otorga.

2. ¿La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges influirá en la valoración de la misma?

Si la atribución del uso de la vivienda se va a prolongar después de liquidar la sociedad conyugal, es evidente que esta circunstancia supone una carga para el cónyuge que resulte propietario del inmueble en la liquidación, ya que el titular dominical no podrá disponer libremente de ella. Ahora bien, ¿esta carga que supone la atribución de uso va a tener algunas consecuencias en el momento de valorar la vivienda? Una vez más nuestros juzgados y tribunales no tienen un criterio unitario:

- a) La atribución del uso de la vivienda familiar debe valorarse en el momento de tasarla.

Esta tesis encuentra su apoyo en el hecho de que la atribución del uso de la vivienda a un cónyuge y a los hijos supone una carga para el inmueble, ya que significa una restricción al poder de disposición de la misma. Para su cuantificación económica, puede utilizarse por analogía la valoración del usufructo o de cualquier derecho real limitado, que hacen las leyes fiscales estableciendo criterios de tipo matemático.

Seijas Quintana, analizando el supuesto de atribución del uso de la vivienda a un cónyuge, sin que existan hijos menores de edad, sostiene que la valoración económica de este derecho dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya al mismo. Si se entiende, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988, que no existe ninguna restricción al poder de disposición, y que el adjudicatario no tiene obligación de respetar el derecho de uso vigente, carece de sentido imponerle un valor. Ahora bien, si se considera, conforme a la sentencia de 11 de diciembre de 1992, que la adjudicación de la vivienda familiar a un cónyuge constituye un derecho *sui generis*, que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede oponerse a terceros, no vemos ningún inconveniente en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior o que va a introducir una ventaja económica en favor del adjudicatario que tiene el uso de la misma.

- b) La atribución del uso de la vivienda otorgado a un cónyuge y a los hijos no tiene ninguna repercusión en cuanto a la valoración de la misma.

Al ser los hijos menores los beneficiarios directos de la medida de atribución del uso de la vivienda, se está ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al art. 93 del CC, y como tal no computable en el momento de la partición.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de diciembre de 1993, señaló al respecto que es evidente que la atribución del uso de la vivienda debe tenerse en cuenta, pero no como una carga que gravite sobre el inmueble, esto es, como una carga que debe descontarse de su valor total, sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario por dicha atribución de uso. Posteriormente la STS de 29 de abril de 1994 ha venido a confirmar este criterio de no considerar el derecho de uso como una carga que disminuya el valor neto del inmueble. Por último en la STS de 23 de enero de 1998 el recurrente solicitaba que se tuviese en cuenta al partir, que del piso cuyo usufructo se le adjudicó había que descontar su importe, señalando el Tribunal Supremo que la atribución de uso 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 en la atribución alguna forma de derecho real.

EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

JUAN JOSE REYES GALLUR

*Abogado. Miembro de la Asociación
Española de Abogados de Familia*

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
 - II. CONDUCTAS TIPIFICADAS: TIPO BASICO Y COMPLEMENTARIO.
 - III. PAGO PARCIAL Y ESTADO DE NECESIDAD.
 - IV. INSOLVENCIA DEL OBLIGADO. CARGA DE LA PRUEBA.
 - V. COMPENSACION DE DEUDAS.
 - VI. REQUERIMIENTO PERSONAL DE LA DEUDA.
 - VII. LA ACTUALIZACION DE PENSIONES Y LA RECLAMACION DE ATRASOS POR ACTUALIZACION DE PENSIONES.
 - VIII. INTERPRETACION DEL CONCEPTO “RESOLUCION JUDICIAL”.
 - IX. REPARACION DEL DAÑO: RESPONSABILIDAD CIVIL.
 - X. EFECTOS DEL PAGO POSTERIOR DE LAS PRESTACIONES.
 - XI. CONTINUIDAD DELICTIVA.
 - XII. INCIDENCIAS DEL NUEVO CODIGO PENAL EN EL ENJUICIAMIENTO DE HECHOS ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGOR.
 - XIII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD. PERDON DEL OFENDIDO.
-

I. INTRODUCCION

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, incorporaba como novedad el artículo 487 bis, que castigaba al que:

“... dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus descendientes, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o nulidad del matrimonio”.

Respondiendo dicho artículo a una honda preocupación de las familias en las que al romperse el matrimonio atraviesan por una profunda crisis económica ante el desentendimiento de las prestaciones económicas contraídas con la nueva situación.

La reforma poco iba a solucionar los problemas económicos de los separados o divorciados, sobre todo, si tenemos en cuenta que el ámbito de aplicación del referido artículo se veía restringido a muy pocos supuestos (sobre el convenio judicialmente aprobado o la resolución judicial), y en éstos tampoco venía a paliar la situación económica del denunciante ya que no podía exigirse la responsabilidad civil del delito.

El artículo 487 bis dejaba fuera de su ámbito de aplicación, por ejemplo, los alimentos obtenidos por el hijo mayor de edad en el proceso especial de alimentos; los alimentos solicitados en los casos de hijos extramatrimoniales fruto de uniones de hecho, o la sentencia que concedía alimentos provisionales, además de impedir el cobro de las pensiones impagadas.

Tras el nuevo Código Penal de 1995, el legislador intenta subsanar los anteriores defectos o ausencias, de forma que incluye en el nuevo art. 227:

“... los procesos de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos”, (así como) “cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior”.

Igualmente incluye la reparación del daño procedente del delito que “comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.”

El actual Código Penal recoge un Título (el XII del Libro II) cuya rúbrica, “Delitos contra las relaciones familiares”, es considerablemente más correcta que la tradicional mención a la “libertad y seguridad” del antiguo código. No obstante, persisten defectos e imprecisiones que analizaremos a continuación.

II. CONDUCTAS TIPIFICADAS: TIPO BASICO Y COMPLEMENTARIO

La doctrina se ha manifestado unánime al considerar este delito como delito de omisión propia. La conducta se describe como “dejar de pagar”, lo que sin duda despeja cualquier duda en dicho sentido. No obstante esta afirmación, existen dudas sobre la naturaleza omisiva de este delito.

La primera duda es si se puede considerar como un delito puramente formal, el cual se cumple con omitir el pago de las prestaciones durante los plazos previstos, sin necesidad de incorporar un resultado de peligro o de riesgo. Si se acepta tal hipótesis, el delito existiría en aquellos casos en que existiendo la posibilidad de obtener el cobro por vía civil no se ejercita ésta y se acude a la penal, lo que a su vez entra en confrontación con el principio de intervención mínima del derecho penal. Una segunda cuestión es si el incumplimiento ha de ser absoluto y total de las prestaciones debidas o si, por el contrario, es suficiente el incumplimiento parcial. Ambas las analizaremos a continuación.

En primer lugar hemos de destacar en el nuevo artículo la reducción del número de mensualidades para que se cometa el delito: Dos meses consecutivos o cuatro alternos, frente a los tres o seis recogidos en el derogado Código Penal, modificación que sin duda responde a la presión social.

Con referencia a la alternancia en el impago hemos de analizar el plazo en que han de producirse esas cuatro mensualidades para considerar la conducta como delictiva. Si acudimos al art. 1966 del CC, el plazo sería el de cinco años, sin embargo, atendiendo a la prescripción del delito, éste sería el de tres años, conforme a lo previsto en el art. 131.1 del CP, por lo que difícilmente la prescripción de la acción civil interferirá en la acción penal.

Como avanzábamos anteriormente, se incluyen nuevas situaciones, ausentes en el antiguo 487 bis: las prestaciones acordadas “en procesos de filiación o procesos de alimentos a favor de los hijos”, dándose por tanto entrada no sólo a las situaciones de parejas de hecho, sino a reclamaciones alimenticias realizadas fuera de los procesos de familia, a favor de los hijos, si bien quedan fuera del tipo los alimentos reclamados por el cónyuge u otros parientes (ascendientes o hermanos) que tuvieran reconocido en una sentencia el derecho a percibirlos (art. 144.3 y 4 del CC), que tendrían cabida en el art. 226 del CP.

Siguen quedando fuera del tipo penal todas aquellas prestaciones económicas que los cónyuges hayan pactado de forma extrajudicial, por acuerdo privado o notarial, dado que el artículo mantiene la expresión “convenio judicialmente aprobado”. Igualmente siguen excluidas, además de las anteriormente expuestas, aquellas prestaciones que se establezcan a favor de la pareja de hecho, ya que el artículo hace referencia en exclusiva “al cónyuge”, si bien quedan dentro del tipo las que se hayan establecido a favor de los hijos no matrimoniales.

Igualmente y como novedad, configurándose como un tipo complementario del delito, se incluye que:

“... con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior”.

Con tal inclusión, se incluyen prestaciones que no tengan un carácter periódico, como es el caso de la indemnización por nulidad (art. 98 del CC), la compensación prevista en el art. 1438 del CC, o incluso una carga matrimonial acordada en el convenio o impuesta por el Juzgador (pagas extras, hipotecas, préstamos, ayudas de libros, etc.), debiendo quedar fuera del tipo aquellas prestaciones económicas que pactadas en el convenio se refieran a aspectos de la liquidación de bienes gananciales, piénsese por ejemplo en el pago aplazado de una deuda como consecuencia de la adjudicación de bienes a uno de los cónyuges.

III. PAGO PARCIAL Y ESTADO DE NECESIDAD

El tipo delictivo operará únicamente en aquellas conductas que consistan en “dejar de pagar”, dado que es un delito de omisión pura, lo cual dejará despenalizados todos aquellos supuestos en los que se “pague de menos” por una causa justificada, salvo que ese pagar menos se considere como auténtico abuso de derecho o como un modo de aparentar una situación de insolvencia.

Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, al considerarse que:

“es un delito de mera actividad y no de resultado, que se consuma formalmente por el simple incumplimiento de la obligación, sin exigir que se produzca una efectiva situación de necesidad o de falta de medios para el sustento del beneficiario de la prestación, como consecuencia de la conducta, con lesión o puesta en peligro real de la seguridad de la víctima” (AP Avila de 28 de junio de 1995, de 26 de enero de 1995, de 14 de octubre de 1995, AP Toledo de 5 de mayo de 1993).

Sólo cabe la comisión intencional o dolosa, con lo que ocurrido el impago no conlleva inmediatamente la comisión del ilícito penal, sino que debe venir motivado por un incumplimiento voluntario, con conciencia y voluntad de la realización del injusto.

Además de lo anterior, no todos los que dejaren de pagar pueden ser condenados por este solo hecho, pues el artículo requiere un dolo específico, y la posibilidad de cumplir con el deber que resulta incumplido, de forma que, aquéllos que se encuentren ante una imposibilidad material de hacer frente a dicha prestación, estarán exentos de responsabilidad criminal (art. 19.5 del CP,

estado de necesidad); y aquéllos cuya situación económica no les lleve a quedar exentos, puede que su conducta se encuadre dentro de la atenuante del art. 21 del CP.

Especial referencia hemos de hacer a la invocación como eximente de estado de necesidad por la existencia de una nueva familia del deudor de la prestación, siendo esclarecedora la sentencia de la sec. 2.^a de la AP de Alicante de fecha 7 de septiembre de 1993, al indicar que:

“... requiere condicionamientos muy altos para que se dé, pasando por agotar toda ayuda familiar o social, para recurrir a sustraer del pago de la obligación, destinado a su vez, a satisfacer necesidades primarias de personas muchas veces desvalidas. Justifica la existencia de posibilidades de cumplimiento, aunque sea parcial, el hecho de que insista el recurrente en que ha tenido que cumplir obligaciones con la nueva esposa e hijos. Luego, si algo, aunque sea poco se ha desviado en esa dirección, el acusado ha preferido incumplir una obligación legal por cumplir otra no impuesta de forma tan rigurosa para la nueva familia. Un signo claro de que pudo responder de su obligación, es que nunca accedió pudiendo hacerlo, a un incidente de modificación de medidas respecto al que hubiera disfrutado del beneficio de justicia gratuita, y se hubiera reducido o suprimido la obligación si hubiera causa para ello”.

La referida sentencia igualmente añade que deberán analizarse además las circunstancias económicas del nuevo cónyuge para atender o desatender el estado de necesidad.

Como vemos, cada caso es especial, debiendo atender siempre a las reglas generales de exención de responsabilidad caso por caso, siendo siempre de especial relevancia que el incumplidor haya iniciado o no el incidente de modificación de medidas, salvo que se den verdaderas circunstancias extraordinarias que pueden ser debatidas en el ámbito penal.

IV. INSOLVENCIA DEL OBLIGADO. CARGA DE LA PRUEBA

Otro presupuesto para la aplicación del precepto lo constituye la ausencia, en el proceso civil, de garantías específicas, reales o personales, para el pago de la prestación, pues el mero incumplimiento de la prestación no presupone la antijuridicidad material que el tipo penal encierra, sino que al existir una forma sustitutiva de satisfacer la prestación, el beneficiario no queda en principio desamparado, ni requiere su interés de la especial protección de la norma penal (principio de intervención mínima del Derecho Penal).

En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/90, entiende que la aplicación del tipo lo constituye la ausencia en el proceso civil de garan-

tías específicas, reales o personales, para el pago de la prestación. Por tanto, sólo cuando las garantías se hayan agotado, o resulten de todo punto inexistentes o ineficaces, surge el menoscabo del bien jurídico protegido (Circular 2/90 FGE apartado d). Incluso si el deudor no oculta su empleo ni dificulta el cobro por retención de su nómina, no se produce la comisión del delito (SAP Teruel de 18 de junio de 1994).

Ahora bien, la ausencia de garantías o de medios económicos para atender al pago de la prestación no siempre significa una condena penal, pues puede darse una situación de insolvencia en el sujeto obligado que bien atenúe o elimine la antijuridicidad de la conducta, sin embargo no basta con una simple declaración de insolvencia por parte del inculpaado, sino que sobre él ha de pesar la carga de la prueba de su situación, y por tanto del estado de necesidad, pues no olvidemos que la simple dificultad no equivale a imposibilidad (SAP Alicante de 15 de octubre de 1992).

En este sentido se encuentra un amplio sector de las Audiencias provinciales, entre ellas la de Málaga (SAP Málaga, sec. 1.^a, de 18 de enero de 1996, o la sec. 2.^a en Sentencia de 2 de mayo de 1996). Sin embargo, otro sector mantiene un criterio estrictamente objetivo que conlleva la condena del incumplidor con independencia de su situación económica (SS. de 13 de enero de 1994; de 24 de junio de 1991; de 26 de enero de 1996, AP Málaga, sec. 2.^a), fundándose en que el Juez de Familia ha ponderado:

“... las posibilidades económicas del obligado a atenderlas, de forma que una posterior insolvencia de este último carecería de relevancia a efectos penales, si previamente no se ha intentado la vía civil que posibilita el art. 1900 de la LEC y admite el art. 100 del CC”.

Mantener a ultranza este último criterio, como alega otro sector jurisprudencial y doctrinal, significaría consagrar un supuesto de responsabilidad objetiva totalmente erradicado del ámbito penal y expresamente prohibido en virtud del art. 5 del Código Penal, por ello el sector mayoritario aboga por absolver a los que, sin haber iniciado la vía civil del incidente de modificación de medidas, carezcan de medios para hacer frente a sus obligaciones.

Con el mencionado criterio, podríamos preguntarnos si existiendo un incidente de modificación de medidas podría acordarse un sobreseimiento provisional hasta el dictado de la sentencia del mencionado incidente, siempre y cuando la iniciación de aquél sea anterior al auto de apertura de juicio oral, pues no puede olvidarse que la sentencia que resuelva el incidente puede reducir o incluso suprimir la prestación.

V. COMPENSACION DE DEUDAS

Algunas sentencias dan relevancia a la sustitución de la pensión por otro tipo de prestaciones de contenido económico semejante al monto de aquélla, en

este sentido la Audiencia Provincial de Málaga ha considerado cumplida la obligación, por ejemplo, cuando el padre ha satisfecho el pago del colegio, o el alquiler de la vivienda, o compra de determinados bienes. (SAP Málaga, sec. 1.ª de 19 y de 22 de marzo de 1996). En igual sentido la Audiencia Provincial de La Coruña, en sentencia de 18 de noviembre de 1993, ha estimado que el pago de importantes sumas de dinero por gastos de colegio de los hijos es causa para determinar la inexistencia del requisito subjetivo.

Si bien no compartimos este criterio, ya que el Código Civil establece tanto el modo en que han de prestarse los alimentos (art. 148.3) como que las deudas alimenticias no son compensables (art. 151) ni sustituibles (art. 149); podría plantearse un supuesto límite cuando el obligado asuma el pago directo de una serie de necesidades de contenido asistencial (estudios, vivienda, vestido), de tal manera que el impago ya no afectaría a bienes jurídicos que protegen el tipo penal.

No obstante la alegación por el denunciado de haber pagado en especie a sus hijos, con regalos, ropas, pagos de colegio, pago de un préstamo conyugal, otros débitos, o el argumento de no satisfacer las mensualidades en los períodos vacacionales que estén con el deudor, no son en modo alguno causas justificativas de exención penal por los argumentos antes expresados, sin embargo deberán ser analizadas puntualmente en cada caso, y en concreto para determinar la existencia del posible error padecido.

VI. REQUERIMIENTO PERSONAL DE LA DEUDA

Se ha planteado la necesidad del previo requerimiento personal de pago al deudor como excusa absolutoria, argumentándose que sin una reclamación directa y personal de la deuda, no era posible probar la voluntad de incumplir por parte del obligado, faltando por tanto el dolo exigido por este delito (SAP Málaga, sec. 1.ª de 19 de marzo de 1996, sec. 2.ª de 25 de marzo de 1996), entendiéndose que mientras el Juez, y la parte, no agoten las vías civiles, no puede hablarse de una auténtica rebeldía ante el mandato judicial.

Hemos de destacar que el deudor conoce por la notificación de la sentencia que ha de cumplir con lo en ella establecido, por lo que no es preciso el previo requerimiento. No obstante son muchos los casos en que el deudor viene pagando sin solicitar recibo a cambio, o han acordado los cónyuges sustituir extrajudicialmente el pago de la pensión asumiendo el deudor otras cargas nuevas (estudios, residencias, colegios, gastos médicos, etc.), supuestos todos ellos en los que no existe o es imposible justificar el pago, de forma que en esos casos la necesidad del requerimiento está aún más justificada, ya que sin duda abriría civilmente un incidente de ejecución para acreditar haber cumplido y evitar la vía penal, por lo que en tales supuestos habrá de valorarse en sede penal la necesidad del previo requerimiento personal.

VII. LA ACTUALIZACION DE PENSIONES Y LA RECLAMACION DE ATRASOS POR ACTUALIZACION DE PENSIONES

Como cuestión especial merecen tratarse los incrementos que se produzcan en las pensiones y contribución a las cargas, bien conforme a las variaciones del IPC o por la cantidad establecida en el convenio o en la resolución judicial, y no sean ni actualizados ni satisfechos por el deudor. En este sentido hemos de indicar que la actualización, si bien puede entenderse que es automática, no surte efectos en la vida jurídica hasta que la parte acreedora reclama la misma ante el juzgado, así como los atrasos que se hayan devengado.

Es evidente que la no actualización de las pensiones de forma automática por el deudor no es en modo alguno objeto de la esfera penal, ya que ello sería consagrar la prisión por deudas, entre otras razones porque hasta tanto el juzgado no apruebe la actualización, la misma no es reclamable judicialmente.

Ahora bien, una vez actualizada la pensión, y calculados los atrasos por la parte y aprobados por el juzgado, nos encontraríamos ante el supuesto segundo del art. 227, es decir el que:

“... dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior”.

En estos casos es de indudable trascendencia que se haga el requerimiento personal de la actualización y de los atrasos al demandado, única forma de valorar la conducta de incumplimiento que requiere el tipo.

VIII. INTERPRETACION DEL CONCEPTO “RESOLUCION JUDICIAL”

No es pacífica la doctrina en lo relativo a si las resoluciones que determinan las prestaciones que han de ser objeto de protección penal deben ser firmes, y si tales resoluciones son únicamente sentencias o si también pueden ser los autos de medidas provisionales (art. 103 del CC) o de las previas (art. 104 del CC), pues no olvidemos que en materia penal no puede aplicarse la analogía *in mala partem* o la extensión del tipo a otros supuestos no contemplados en el mismo.

Para ello analizaremos el concepto de “resolución judicial”, pues si bien y en un primer momento, éste podría ser el que contempla el art. 245 de la Ley Orgánica del Poder judicial (providencias, autos o sentencias), a nuestro juicio, esa no es la mejor interpretación, debiendo entenderse que el citado art. 227 del CP se refiere únicamente a las sentencias que pongan fin a un procedimiento matrimonial (separación, divorcio, nulidad), y no a los autos de medidas previas provisionales (art. 104 del CC) o de medidas provisionales (art. 103 del CC).

Y entendemos lo anterior, pues el citado artículo especifica de manera clara y precisa que se trata de la prestación económica “establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio”, es decir, el precepto habla de resoluciones judiciales que ponen término a un pleito de separación, divorcio o nulidad, en definitiva, excluye del tipo delictivo las prestaciones económicas que se establezcan en favor de un cónyuge tanto en las medidas provisionales como en las medidas previas provisionales, y ello porque en ellas solamente se acuerda la separación provisional de los mismos (ya sea en demanda de divorcio, separación o nulidad de matrimonio), nunca se decreta como medida ni el divorcio provisional ni la nulidad provisional.

Si analizamos el precepto, antes de hablar de las resoluciones judiciales, se refiere a “convenio judicialmente aprobado”, es decir, ratificado por las partes y por el juzgador mediante una sentencia. Si seguimos leyendo el precepto, se sigue enlazando mediante la conjunción “o”, es decir, le imprime un mismo rango, pero es más, a continuación del término “resolución judicial” aclara y especifica a qué tipos de procedimiento se refiere.

Si el legislador hubiera querido incluir en el tipo penal a los autos de medidas, es evidente que lo tenía bien fácil, pues en lugar de especificar los tipos de procesos judiciales, podía haber establecido simplemente resolución judicial en los procedimientos matrimoniales, con lo cual quedarían incluidos en el tipo los autos de medidas.

Además del anterior criterio, entendemos, junto con un sector doctrinal, entre los que se encuentra Marchena Gómez, que el juzgador en sede de medidas (ya sean previas o provisionales), posee un limitado material probatorio a la hora de decretarlas, pudiendo incluso exceder de las posibilidades reales del obligado, por lo que se obliga a debatir en el ámbito penal su culpabilidad. Por otro lado, hemos de tener presente la provisionalidad de la cantidad fijada, pues no olvidemos que la sentencia que ponga fin al proceso (ya sea en primera instancia o en grado de apelación) puede modificar las cantidades establecidas en sede de medidas.

En contra de este criterio, la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado entiende que la cuestión debe ser resuelta en un sentido extenso, es decir, basta la firmeza de la decisión judicial, ya sea en forma de auto o de sentencia, y su notificación al interesado para que su incumplimiento sea punible. Con arreglo a este criterio, también serían incluidos dentro del tipo aquellos autos dictados por el Juez civil en proceso de filiación (arts. 128 y 158.C del CC, en su nueva redacción de la LO 1/96, de 15 de enero).

Con respecto a las sentencias recaídas en posteriores procedimientos de modificación de medidas, es decir, cuando ya se ha decretado la nulidad, la separación o el divorcio, y aun cuando éstas no estén recogidas dentro del tipo

penal, hemos de entender que las prestaciones en ellas fijadas sí están dentro del tipo penal, por cuanto son incidentes de un proceso principal y vienen a significar la modificación de las medidas dictadas en procesos de separación legal, divorcio y nulidad.

Con referencia a la firmeza o no de las resoluciones judiciales, el criterio mayoritario entiende que no es preciso que lo sean, atendiendo a que la norma no lo establece y que lo contrario implicaría que no se tutelarán derechos ya reconocidos judicialmente, lo que favorecería además situaciones dilatorias que conllevarían un desamparo. Argumentan además que contra el auto de medidas previas (art. 104 del CC) no procede recurso alguno, y que contra el de las provisionales (art. 103 del CC), procesalmente tampoco procede recurso, sino incidente de oposición conforme al art. 1900 de la LEC.

No obstante, y a pesar de ser la doctrina mayoritaria, hemos de discrepar de la misma, pues no puede olvidarse que estando en sede de apelación una sentencia o existiendo un incidente de oposición, pueden estar debatiéndose procesos penales, lo que sin duda crea una verdadera situación de inseguridad jurídica que obliga o debe obligar al Juez penal a valorar en ese ámbito, que no es el adecuado, si existe posibilidad de cumplimiento o no de la prestación, o puede darse el caso de una condena penal por impago y una posterior sentencia civil que reduzca la cantidad o exima de la misma.

IX. REPARACION DEL DAÑO: RESPONSABILIDAD CIVIL

Al contrario que en el anterior art. 487 bis, que impedía entrar en la responsabilidad civil, y por tanto condenar al pago de las pensiones adeudadas, el actual art. 227 del CP, en su párrafo tercero, haciéndose eco de las críticas al anterior precepto, establece que:

“La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

Con lo cual permite que las sentencias penales incluyan la condena al pago de lo adeudado.

Se presenta ahora el conflicto entre las ejecuciones civiles y las penales, debiendo resolverse en el sentido de conceder al acreedor-denunciante la elección de la vía, de forma que sólo pueda seguirse la ejecución por un solo orden jurisdiccional.

X. EFECTOS DEL PAGO POSTERIOR DE LAS PRESTACIONES

No está previsto en el Código Penal una excusa absolutoria, similar a la del cheque en descubierto del antiguo Código, para cuando se produzca el pago

antes de la sentencia penal. Por ello, sólo cabe en tales casos la atenuante de arrepentimiento espontáneo del art. 25.1 siempre que éste se realice antes de la celebración del juicio oral.

XI. CONTINUIDAD DELICTIVA

Se plantea la doctrina si cabe aplicar la continuidad delictiva del art. 74 del CP cuando el incumplimiento se prolonga en el tiempo durante varios plazos típicos, inclinándose la mayoría, y entre ella la Fiscalía General del Estado, a favor de la misma, pues ya sea en ejecución de un plan preconcebido, ya aprovechando reiteradamente la misma ocasión en que debía hacerse el pago de la prestación debida, y no se hizo, cada período legal en que persiste el incumplimiento se produce una nueva acción típica que ofende a un mismo sujeto e infringe un mismo precepto penal.

Ahora bien, recaída sentencia condenatoria sobre un comportamiento de impago, la reiteración de esa conducta tras la sentencia debe valorarse y perseguirse como un nuevo delito.

Otro sector doctrinal, minoritario, estima que por la naturaleza de la infracción no procede tal continuidad delictiva, sino que existirían tantos delitos como previsiones típicas se realicen, tratándose de un delito permanente donde la antijuridicidad se prolonga en el tiempo hasta que voluntaria o coactivamente se obliga a cesar en la misma al sujeto activo.

XII. INCIDENCIAS DEL NUEVO CODIGO PENAL EN EL ENJUICIAMIENTO DE HECHOS ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGOR

Teniendo presente que el nuevo Código no sólo disminuye el período de impago para que nazca el delito, sino que además incorpora la responsabilidad civil derivada del mismo, es evidente que al ser el nuevo más gravoso que el anterior, no puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad al 25 de mayo de 1996.

Si resulta que los períodos de impago se cometieron todos bajo el Código derogado, parece, *prima facie*, ser más favorable la pena del nuevo Código, si bien ello conlleva la responsabilidad civil, que ha de tenerse presente si vamos a solicitar la remisión de la pena.

Si las mensualidades impagadas se han venido cometiendo bajo la derogada y la nueva legislación, siempre se habrá de aplicar el nuevo Código ya que es más favorable, salvo que sólo se adeuden dos meses y estos fueran anteriores a la vigencia del Código; ahora bien, si se adeudaba un mes antes de la entrada en vigor y se adeuda otro con posterioridad, es perfectamente aplicable el nuevo art. 227.

Con respecto a la incidencia de la responsabilidad civil a la hora de aplicar uno u otro Código Penal como norma más favorable, cabe distinguir dos supuestos:

a) Si el Juzgador entiende que la responsabilidad civil era ya imponible en la legislación derogada del art. 497 bis del CP, para dicho juzgador no habrá problema en seguir imponiéndola.

b) Si el Juzgador entiende, como así lo ha considerado la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia, que antes no estaba incluida la responsabilidad civil, se pueden plantear dos soluciones, la primera entender que la aplicación de una norma lo es en su totalidad y no por partes, y en segundo lugar entender que aunque se aplique la nueva norma como más favorable no debe ser incluida, pues la retroactividad de la ley más favorable sólo comprende el análisis de la pena pero no de la responsabilidad civil que se rige por las normas del derecho civil.

La tesis más correcta puede ser la última de las expuestas, es decir, que la retroactividad no afecta a la responsabilidad civil, como mantiene entre otras la STS de 31 de enero de 1987 y de 6 de febrero de 1982.

XIII. CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD. PERDON DEL OFENDIDO

Como sabemos, el art. 228 del Código Penal exige la previa denuncia del ofendido para que dé comienzo la vía penal, debiendo por tanto formularse denuncia o querrela por la persona agraviada o por su representante legal.

Normalmente será el cónyuge el que ante la imposibilidad de obtener el cobro por vía civil, se vea obligado a iniciar la acción penal como último remedio para intentar cobrar, o por lo menos para que la conducta del incumplidor no quede impune.

Por tanto, el cónyuge como perjudicado (caso de pensión alimenticia o compensatoria), bien como representante de sus hijos menores deberá iniciar la acción penal mediante la denuncia ante Comisaría o Juzgado de Guardia, o bien mediante querrela. En este punto hemos de advertir la necesidad de que se informe correctamente al perjudicado, pues son muchas las situaciones de verdadera indefensión del denunciante, al que se le llama para ratificar la denuncia, se le hace el ofrecimiento de acciones, que nunca entiende, y resulta que un buen día es llamado a juicio como testigo, sin haber podido proponer prueba o saber si lo que se le reclama al denunciado es lo correcto o no. Es más, en muchos casos ni entra a juicio oral al llegar Ministerio Fiscal y defensa a un acuerdo. Por ello es necesario informar al denunciante que, caso de carecer de medios económicos, puede y debe hacer uso de un letrado del turno de oficio que asuma la acusación particular, lo que sin duda garantizará sus derechos.

Hemos de hacer especial mención a aquellos supuestos de separación judicial, en los que un cónyuge reclama alimentos para los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio conyugal y carezcan de recursos económicos, bien por apoderamiento expreso de éstos o en concepto de contribución a las cargas matrimoniales. En este caso, al tener el mayor de edad el goce de todos sus derechos (art. 322 del CC), es él quien debe formular la denuncia penal en caso de impago por parte del obligado, y ello incluso para aquellos casos en que se fijen alimentos para ellos, cuando ni siquiera hayan sido parte en el proceso.

Pues bien, si estos delitos precisan en sus inicios de la actividad de la parte perjudicada, una vez tramitada la causa, asume protagonismo el Ministerio Público, de forma que no cabe en este tipo de delitos el perdón del ofendido.

Con referencia al perdón del ofendido, el Código Penal de 1995 suprime esta figura de todos los delitos de abandono de familia, no obstante han sido muchas las sentencias que bajo el argumento de que “la crisis matrimonial estaba en vías de solución” (Penal 3 de Málaga, sentencia de 30 de julio de 1994); de la falta de colaboración del denunciante, o el hecho de no reclamar en el acto del juicio cantidad alguna (Penal 3 de Málaga de 7 de mayo de 1992), han llevado en muchas ocasiones a la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal. No obstante hemos de insistir, como mantienen la doctrina y jurisprudencia consultada, que nos encontramos ante un delito semipúblico, donde basta la acusación del fiscal para llevar adelante el juicio (SAP Málaga sec. 2.^a, 26 de julio de 1994).

No puede olvidarse la posible reconciliación de los cónyuges, que prevé el art. 84 del CC, aunque sean pocos los casos que en la práctica se producen. En estos supuestos los efectos de la reconciliación se producen por imperativo legal desde que la misma se pone en conocimiento del juzgado de familia, y por tanto a partir de dicho momento cesan todos los efectos y medidas que se dictaron en la separación (a excepción del efecto sobre el régimen económico). Ahora bien, qué ocurre con los procesos penales ya iniciados o concluidos. La respuesta debe ser la retirada de la acusación de los primeros, por un principio de congruencia y de no provocar una incidencia negativa en la relación familiar, sin embargo ello legalmente no es posible, por el principio de irretroactividad, por lo que tanto en este caso, como en los de existencia de sentencia penal condenatoria, la única vía es la del indulto.

Todo lo anteriormente expuesto es aplicable a los casos de separación judicial, pues no podemos olvidar que la reconciliación no está prevista para los casos de divorcio o de nulidad, ya que en ambos supuestos, se produce una auténtica ruptura del vínculo. No obstante, incluso en estos casos, si se alegara la reconciliación de las partes, sería de recibo tanto la retirada de la acusación como la vía del indulto.

Por todo lo expuesto, el protagonismo que parece conceder el nuevo Código Penal se limita a la decisión de los agraviados de iniciar la vía penal, sin embargo, una vez iniciada con denuncia o querrela, el proceso lo impulsa el Ministerio Fiscal, pudiéndose iniciar por éste única y exclusivamente cuando el agraviado sea menor, incapaz o una persona desvalida.

Con carácter práctico hemos de indicar que si las partes, perjudicado e inculpado, alcanzan un acuerdo antes de la celebración del juicio, caben dos situaciones. La primera intentar que el Ministerio Fiscal retire la acusación ante la retirada de la acusación particular, invocando evitar mayores enfrentamientos de los cónyuges y que se ha llegado a un acuerdo económico de pago. Esta tarea no es fácil en la mayoría de los casos, ya que los fiscales invocan el carácter semipúblico del tipo penal. Para el caso de no lograr esa retirada del Ministerio Público, lo mejor es alcanzar un acuerdo solicitando la pena mínima, y caso de acuerdo de pago intentar que el mismo quede plasmado en la sentencia, lo que acarreará problemas respecto a la remisión condicional de la pena impuesta, ya que para acceder a ella debe tenerse cubierta la responsabilidad civil, según previene el art. 81.3 del CP.

Si existen antecedentes penales, y se intenta evitar el cumplimiento de la condena, una de las soluciones puede ser alcanzar el acuerdo en la pena, renunciar a la indemnización (si bien se debe haber firmado anteriormente un acuerdo de reconocimiento de deuda y forma de pago, o el pago en sí mismo, lo cual suele ser difícil), y solicitar al amparo del art. 88 del CP la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por la de multa.

TRATAMIENTO FISCAL DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS Y COMPENSATORIAS

Especial referencia a dos problemas clásicos: la capitalización de la pensión compensatoria y la distribución de las cargas matrimoniales entre el cónyuge y los hijos

ALFONSO POLO SORIANO

Abogado e Inspector de Finanzas en excedencia

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
 - II. ALIMENTOS A HIJOS Y DESCENDIENTES.
 - III. PENSION COMPENSATORIA Y OTRAS ANUALIDADES POR ALIMENTOS.
 - IV. CAPITALIZACION DE LA PENSION.
 - V. DISTRIBUCION DE LAS CARGAS MATRIMONIALES ENTRE EL CONYUGE Y LOS HIJOS.
-

I. INTRODUCCION

La vigente Ley del IRPF, Ley 18/1991, de 6 de junio, que supone la primera modificación total de la Ley 44/1978, tiene su origen fundamental en la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 que declaró la nulidad de todo el sistema de tributación de la familia contenido en dicha Ley 44/1978 con la que se inicia la reforma fiscal de la etapa constitucional.

Se trata pues de una ley, la Ley 18/1991, que tiene como punto central y especial atención el de la tributación de la familia. Su modificación fundamental la constituye la consideración de la persona física como único sujeto pasivo, desapareciendo la unidad familiar como sujeto pasivo, si bien se mantiene la existencia de tal concepto y la tribulación conjunta de la familia con carácter optativo.

Dentro de este marco la Ley 18/1991 modifica de forma sustancial el régimen fiscal que hasta ese momento habían tenido las pensiones por alimentos y la pensión compensatoria a favor del cónyuge, y la Ley actual plantea un nuevo sistema de tributación en el que se distingue de forma radical el régimen tributario aplicable a las anualidades por alimentos a favor de los hijos y descendientes y el aplicable a las pensiones compensatorias y a las anualidades por alimentos a favor de personas distintas de los hijos y descendientes.

II. ALIMENTOS A HIJOS Y DESCENDIENTES

El criterio básico y que supone la principal novedad del régimen instaurado por la Ley 18/1991 es el de la tributación en sede del padre o pagador de los alimentos. Ello se consigue a través de dos preceptos legales:

De una parte el art. 9.1.k) de la ley establece la exención de las anualidades por alimentos recibidas de los padres en virtud de decisión judicial. De esta forma los hijos perceptores de las anualidades por alimentos no tributan en forma alguna por las cantidades recibidas.

De otra parte el art. 71.2 de la Ley, al regular las reducciones en la base imponible, excluye la posibilidad de minorar la base del pagador por las anualidades por alimentos en favor de los hijos.

Así pues, los alimentos a favor de hijos no tributan en sede del perceptor y no se minoran como gasto ni como reducción en sede del pagador. Este planteamiento que como decimos es nuevo en la Ley 18/1991, si bien supondrá en la práctica una mayor recaudación para Hacienda Pública ya que el tipo marginal aplicable al padre será normalmente mayor que el aplicable en su caso a los hijos, también debe reconocerse que responde a unos motivos técnicos y éticos ciertamente aceptables: Con ello el legislador pretende fundamentalmente equiparar la situación tributaria del padre no separado o del que aún estando

separado asume voluntariamente el mantenimiento económico de sus hijos, con el del progenitor que sólo hace frente a las cargas económicas de sus hijos obligado por sentencia judicial, ya que resulta injusto que la situación de este último se vea favorecida fiscalmente. Además finalmente subyace la idea indiscutible de que el mantenimiento de los hijos, sea cual sea la situación familiar del padre (familia no separada, separación, divorcio, contribución a las cargas del matrimonio, etc.) y se tenga o no la custodia de los hijos, no puede ser un gasto fiscalmente deducible de la renta del padre ya que fundamentalmente estamos ante un acto de consumo que debe tener el mismo tratamiento fiscal que el consumo propio o familiar.

III. PENSION COMPENSATORIA Y OTRAS ANUALIDADES POR ALIMENTOS

Respecto de este tipo de pensiones se mantiene fundamentalmente el mismo sistema que venía rigiendo desde 1978, esto es, la pensión constituye renta para el perceptor y gasto para el pagador, si bien ello con alguna matización y con una nueva calificación jurídico-tributaria de los conceptos de renta y gasto.

Así, para el perceptor de cualquiera de estas pensiones nos encontramos ante una renta que debe tributar en sede de quien la percibe, renta que el art. 25.1.q) de la Ley califica como rendimiento de trabajo.

Tal calificación se hace con absoluta independencia del tipo de rentas que tiene el pagador de esas pensiones y de las cuales por tanto procede. Estamos pues ante una auténtica ficción jurídica: de ninguna forma una pensión compensatoria o una anualidad por alimentos puede conceptuarse como un rendimiento del trabajo puesto que es obvio que falta la prestación de un servicio en régimen laboral; la Ley sin embargo le otorga tal calificación con la exclusiva finalidad de otorgar al perceptor el régimen tributario más beneficioso del que gozan los rendimientos de trabajo frente a otras fuentes de renta.

Así, el hecho de calificar este tipo de pensiones como rendimientos de trabajo permite al perceptor beneficiarse de una deducción por gastos del 5% con el límite de 250.000 ptas. sin necesidad de justificación alguna, de una deducción en la cuota desde 27.000 ptas. a 72.000 ptas. y de alguna otra ventaja menor como por ejemplo el hecho de que tengan el mayor límite 1.200.000 ptas. para que exista obligación de declarar, o que constituyen rendimientos de los que pueden deducirse las aportaciones efectuadas a un plan de pensiones.

Por su parte, el art. 71.2 de la Ley al que antes nos hemos referido establece que la base imponible regular podrá reducirse en el importe de las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y de las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos, satisfechas siempre por decisión judicial. Se trata pues de una reducción que no tiene límite alguno, y que se practica sobre la base imponible regular que normalmente es la de más alta

tributación, desgravándose pues el pago de las pensiones al tipo marginal del pagador.

IV. CAPITALIZACION DE LA PENSION

Examinado así el régimen tributario de las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos, y tal y como anunciábamos en el título de este artículo, conviene referirnos a un problema clásico que se plantea muy frecuentemente en la práctica cual es el relativo a cómo debe tributarse cuando el pago de una pensión periódica se sustituye por la entrega de un capital inicial.

Se trata de una cuestión que no está expresamente regulada ni en la Ley ni en el Reglamento por lo que cualquier solución que responda a una lógica económica puede considerarse aceptable, sin que por otra parte conozcamos jurisprudencia al respecto. Ante la ausencia de normativa sí que debemos destacar la solución que a este problema da la Dirección General de Tributos en diversas contestaciones a consultas vinculantes y entre las que destaca la de 25 de octubre de 1989.

El planteamiento del órgano directivo es en síntesis el siguiente:

1. Para el pagador de la pensión capitalizada no se modifica su régimen tributario de forma que la cantidad pagada se reduce de la base imponible regular el año en que se paga, lo que no supone mayor perjuicio (a salvo de la progresividad del impuesto) ya que tal reducción no tiene límite alguno como hemos visto y que si la base resulta negativa podrá compensarse en los ejercicios siguientes.

2. El receptor por su parte debe proceder a calcular el valor correcto de capitalización de la pensión en base a un cálculo actuarial en función de la vida probable de la pensión. Y puesto que en la práctica el capital abonado suele ser consecuencia de un pacto entre las partes y no de ese cálculo actuarial al que nos hemos referido, nos podremos encontrar con tres situaciones distintas:

a) Que el capital efectivamente recibido coincida con el calculado actuarialmente; en este caso estaríamos ante un rendimiento de trabajo que debe tributar en el año en que se percibe pero con la consideración de renta irregular en función del número de años que se han tenido en cuenta para el cálculo actuarial del capital.

b) Que el capital efectivamente percibido sea mayor que el calculado matemáticamente. En este caso existiría un rendimiento de trabajo de naturaleza irregular al igual que en el caso anterior hasta el importe del capital matemáticamente calculado y una donación remuneratoria por el exceso que tributaría por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

c) Que el capital efectivamente percibido sea inferior al calculado actuarialmente; en este caso existiría un rendimiento del trabajo irregular en función del número de años que ha durado el matrimonio.

Como decíamos cualquier solución lógica puede ser aceptable, pero ciertamente la de la Dirección General de Tributos incurre, en nuestra opinión, en algunos defectos de esa lógica que predicamos. Así, no parece razonable ni congruente que lo que para el pagador es minoración de renta en el IRPF sea donación para el que lo recibe, al margen de que la tributación por el Impuesto de Donaciones plantea un relativo problema con la consideración del parentesco como elemento que gradúa la carga impositiva. Por otro lado tampoco resulta congruente que el carácter de renta irregular para el perceptor se anualice en función del número de años de capitalización en el primer caso y en función de años del matrimonio en el tercer caso.

Particularmente, creemos que la solución más correcta es la de la consideración en todo caso de una renta irregular en el perceptor que deberá anualizarse en función del número de años de vida probable de la pensión. Resulta ésta la solución más sencilla y más coherente con el sistema establecido en la Ley y en el impuesto en general.

V. DISTRIBUCION DE LAS CARGAS MATRIMONIALES ENTRE EL CONYUGE Y LOS HIJOS

El segundo problema que conviene analizar en la tributación de las pensiones por alimentos y que igualmente se produce con muchísima frecuencia en la práctica generando discusiones entre el contribuyente y la Hacienda Pública es el de la distribución de la pensión o de las cargas matrimoniales entre el cónyuge y los hijos cuando en la sentencia judicial por la que se acuerda la pensión no se efectúa tal distribución.

Efectivamente, ocurre con frecuencia que el Juzgado al fijar la pensión olvida el distinto tratamiento fiscal que tienen las pensiones por alimentos a hijos por un lado, y la pensión compensatoria o los alimentos al cónyuge por otro, y establece una cantidad única por ambos conceptos. Esta cuestión se produce sobre todo en aquellas resoluciones judiciales anteriores a la Ley 18/1991 cuando el régimen tributario de ambas pensiones era idéntico y por tanto no tenía sentido tal diferenciación. Igualmente es muy frecuente el problema que planteamos durante la primera parte de los procesos de disensión conyugal y en la fase de medidas provisionales donde se fija una contribución a las cargas matrimoniales pero todavía no se distingue en qué concepto se efectúa tal contribución, ni en qué parte se corresponde con alimentos a los hijos o alimentos al cónyuge.

Qué duda cabe que en la práctica la mejor solución es solicitar del Juzgado una aclaración de la correspondiente sentencia o resolución por la que se expli-

cite que parte de dichas cargas corresponde al cónyuge y que parte corresponde a los hijos para así poder asignar y aplicar el correspondiente tratamiento fiscal.

En aquellos casos en que tal solución no sea posible porque el Juzgado se niegue a efectuar tal distribución, o simplemente porque el problema con la Administración Tributaria haya surgido ya, y se refiera a ejercicios en los que tal distribución no existía todavía, en nuestra opinión creemos que el hecho de que la pensión o las cargas estén fijadas en una cuantía única no impide el tener como cierto que en dicho concepto necesariamente han de incluirse alimentos a favor de los hijos y alimentos a favor del cónyuge y que por lo tanto debe darse a cada parte el régimen fiscal correspondiente. La falta de distribución de una pensión única o de unas cargas matrimoniales no pueden impedir por tanto la aplicación del correcto régimen fiscal a cada parte. Por otro lado, tan incorrecto sería dar a la totalidad el régimen fiscal de los alimentos a hijos (postura que intentará mantener la Administración Tributaria) como otorgar a la totalidad el tratamiento fiscal de las pensiones compensatorias o de las anualidades por alimentos entre cónyuges.

Entendemos por tanto que en esa pensión única y en esas cargas matrimoniales, tanto la Administración Tributaria como el sujeto pasivo deben entender y asumir que figuran incluidos tanto alimentos a favor de los hijos como alimentos a favor del cónyuge, y por consiguiente ambas partes en conflicto deben acudir a las reglas de la lógica o a la negociación para distribuir esa cantidad entre los distintos conceptos que necesariamente se hallan integrados en la misma.

Cuál sean esos criterios lógicos es ya una cuestión a analizar en cada caso concreto y a discutir en cada situación con la Administración Tributaria, pero siempre sobre la base de que tal distribución sea admitida. A falta de cualquier otro criterio de distribución no nos quedaría sino acudir al reparto igualitario, por partes iguales entre cada una de las personas que reciben esos alimentos. El criterio de la distribución a partes iguales, aparte de su sencillez y carácter elemental, encuentra su apoyo en la aplicación analógica de diversos preceptos legales que en las distintas normas de los impuestos acuden al mismo a falta de cualquier otro criterio lógico o de la falta de prueba de pactos o porcentajes. Especialmente paradigmático es el art. 10.Uno de la propia Ley 18/1991 de IRPF en el que se establece:

“... las rentas correspondientes a las sociedades civiles (...) se atribuirán los socios (...) según las normas o pactos aplicables en cada caso, y si éstos no constaran a la Administración en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales”.

Nos complace especialmente comprobar que recientemente un Tribunal Económico Administrativo, en concreto el de Andalucía, ha afrontado esta cuestión resolviéndola, tras un análisis acertado del concepto cargas matrimo-

niales y de su necesaria atribución al cónyuge y a los hijos, de la misma forma que propugnamos, corrigiendo así el criterio intransigente de la Administración Tributaria.

Por la importancia de esta resolución que pese a su escaso valor jurisprudencial, esperamos se vea confirmada en nuevas resoluciones por otros Tribunales, reproducimos la parte más significativa de la misma. Así el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía en su resolución de 27 de mayo de 1997 en reclamación núm. 2239/1994 dice en su considerando tercero:

“... es preciso hacer las siguientes aclaraciones: El art. 97 del Código Civil dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...» ; el art. 93 de dicho texto, por su parte, dispone que «el juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». El análisis conjunto de ambos preceptos nos va a permitir diferenciar los dos conceptos utilizados por el art. 71 de la Ley del Impuesto: De un lado, la pensión compensatoria, concepto consistente en una cantidad fija e inmodificable —salvo por los supuestos previstos en el art. 100 del CC— a la que tiene derecho, salvo renuncia, el cónyuge al que la crisis conyugal le haya provocado un desequilibrio económico respecto de la situación que gozaba al tiempo en que se encontraba constante el matrimonio, y de otro, los alimentos, concepto que representa la cuantía necesaria para cubrir lo indispensable para subsistir de quien los acredita (art. 142 del CC), los cuales deben ser proporcionados a la fortuna de quien los presta y de las necesidades de quien los recibe, teniendo por lo demás el carácter de irrenunciables (art. 151 del CC). En este sentido, a los efectos del art. 93 del Código Civil, los alimentos son aquellos que sean indispensables para satisfacer las necesidades de los hijos de acuerdo con la posición social de la familia, derivados del deber de mantenimiento consecuencia de la patria potestad, por ello, están obligados a prestar alimentos ambos progenitores quienes, por convenio, pueden regular la forma más conveniente de afrontar esta obligación pero sin que sea lícito excluir de forma absoluta a uno de ellos la obligación de prestarlos, todo esto sin perjuicio de la contribución de ambos en función de sus respectivas capacidades económicas. Delimitados ambos conceptos, y en el caso de alimentos, hemos de determinar a quién o quiénes corresponden cuando la sentencia no especifica quiénes son los beneficiarios de

las anualidades o su distribución; para ello hemos de tener en cuenta que en los supuestos de separación la sentencia deja subsistente el vínculo matrimonial, produciéndose la suspensión de la vida en común, sin embargo, la resolución judicial origina un nuevo estado familiar, el de cónyuge separado, que afecta a distintos aspectos de la vida privada del mismo, entre ellos, la derogación o modificación del deber de socorro mutuo a que se refiere el art. 68 del Código Civil, pues dicho deber deriva del deber de convivencia, de suerte que tras la sentencia, dicho deber se sustituye por las prevenciones que se contengan en el convenio regulador o por las que establezca la resolución judicial a favor del cónyuge separado que precise ayuda económica del otro; el cónyuge separado tendrá, pues, derecho a las anualidades por alimentos en los supuestos en que la sentencia así lo determine.

En el presente caso, vista la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Magistrado-Juez de primera Instancia número 3 de Córdoba en el asunto 372/1990 cuya copia aporta el interesado, este Tribunal comprueba que la misma impone al reclamante, como marido y padre, a contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales —posteriormente calificadas como cargas familiares— con un 35% de los respectivos ingresos líquidos mensuales, texto que aun cuando no especifica qué parte corresponde al entonces cónyuge del reclamante y cuál a sus hijos comunes, permite considerar probado que dicha cantidad se atribuye en favor tanto de aquélla como de éstos. Por consiguiente, no podemos considerar correcto el acuerdo reclamado por cuanto que existiendo la certeza de que la cantidad abonada por el interesado en cumplimiento de la referida sentencia lo es en favor de su entonces cónyuge además de a sus hijos, el hecho de que tal resolución judicial no especifique qué parte es atribuible a aquélla y cuál la atribuye a éstos no constituye una circunstancia que permita negar el derecho del interesado a deducir de la base cantidad alguna por este concepto. Por esto, ante la imposibilidad de conocer tal porcentaje de participación entiende este Tribunal que, a falta de todo criterio de distribución específicamente establecido en la Ley al efecto, y a la vista de la solución legal para casos análogos al presente (art. 10.1 de la ley), entiende más justo distribuir la totalidad de la cantidad abonada por virtud de la susodicha sentencia entre los tres beneficiarios (la esposa y sus dos hijos), reconociendo el derecho del interesado a deducir la tercera parte de dicha cantidad.”

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. MODIFICACION DE MEDIDAS ADOPTADAS POR UN TRIBUNAL EXTRANJERO

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Auto de 16 de junio de 1997.

No procede dejar sin efecto en la pieza de suspensión el auto declarando la incompetencia de los Tribunales españoles para conocer de una demanda de modificación de medidas de una sentencia dictada por un tribunal de Estados Unidos.

ANALISIS DEL CASO

- D. Michael S. (de nacionalidad estadounidense y con residencia en Belgrado) presentó ante los juzgados de Madrid demanda de modificación de medidas contra su ex esposa (residente en Madrid junto con sus hijos) respecto de la sentencia dictada por la Corte Superior del Distrito Judicial de Stamford, Norwalk, Condado de Fairfield, Estado de Connecticut.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid dictó auto declarando la incompetencia de los Tribunales Españoles para conocer del asunto.
- En grado de Apelación, la Audiencia Provincial de Madrid entendió que se trataba de un incidente de ejecución de una sentencia de un Tribunal extranjero que no corresponde a su jurisdicción.
- El recurrente de amparo alega la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación del derecho a una resolución sobre el fondo, por entender que se trata de un asunto en el que no es discutible la competencia de los órganos judiciales españoles, pues como alega, los tribunales de Connecticut han declinado la jurisdicción por no tener ni él ni su esposa e hijos su residencia en aquel Estado.

COMENTARIO DEL AUTO

En el recurso de amparo se solicita por otrosí la suspensión de la ejecución del auto de la Audiencia Provincial, justificándolo en que la resolución recurrida le producía un perjuicio irreparable consistente en que no puede acudir ante ningún Juez para que re-

suelva acerca de sus peticiones, y en concreto, acerca de su derecho a visitar a sus hijos, a los que lleva años sin poder ver, entendiéndose que la suspensión del auto recurrido le permitiría acudir a los Tribunales españoles para solucionar los problemas existentes en la relación con sus hijos.

El Fiscal interesó que, de acuerdo con el art. 56 de la LOTC, se denegase la suspensión solicitada porque en la demanda no se especifica ni concreta en qué consisten los perjuicios que se derivarían de la no suspensión y, por otra parte, la suspensión de un acto negativo supone imponer al órgano judicial una actividad procesal (continuación del proceso) que considera improcedente y, en última instancia, adelantar la concesión del amparo que se pretende. Por la demanda se alega que, en caso de que se concediese el amparo, la consecuencia sería que los Tribunales españoles deberían tramitar la solicitud de modificación de las medidas en cuestión, lo cual siempre será posible, por lo que el amparo no habría perdido su finalidad. Lo que el demandante pide es algo bien distinto, que se anticipen los efectos del amparo como si ya hubiese sido concedido. A mayor abundamiento, afirma que el recurrente tiene promovida la misma solicitud de modificación de medidas ante un Tribunal de Florida, lo que pone de manifiesto la mala fe con que se conduce, con la evidente intención de, al formular la misma solicitud en varios Estados, optar por la que resulte más conveniente a sus intereses.

De conformidad con el art. 56 de la LOTC, procede la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. No obstante, podrá denegarse cuando de ella pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. Este Tribunal, al interpretar ese precepto, ha declarado que “la premisa de partida es que la interposición de un recurso de amparo, como regla general, no suspende

la ejecución de los actos recurridos, salvo en el supuesto expresamente previsto de la pérdida de finalidad del amparo y, aun en este caso, condicionado a que la suspensión no produzca las perturbaciones aludidas en el mismo” (ATC 35/1996). Junto a ello, debe tenerse en cuenta que el interés general insito en que las resoluciones judiciales sean ejecutadas y cumplidas, como se ha venido reiteradamente declarando desde el ATC 17/1980, conduce a que, cuando el recurso se dirige frente a tales resoluciones, lo más acorde con el interés general es su cumplimiento, que dota de efectividad a la tutela judicial consagrada por el art. 24.1 de la CE, por lo que, “en tales casos será necesario que se acredite la concurrencia de un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su finalidad en caso de llevarse a efecto la resolución impugnada para que la medida cautelar que se interesa pueda prosperar” (ATC 46/1996).

En el presente caso, procede denegar la suspensión solicitada. No se trata ya sólo de la dificultad que plantea la suspensión de una resolución, como la impugnada, que se limita a declarar la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, sino que es evidente que la denegación de la suspensión no hace perder al amparo su finalidad, toda vez que no existe ningún impedimento para que, tras una hipotética estimación del mismo, los Tribunales civiles resuelvan acerca del fondo de la petición que se les formuló. Por otra parte, si bien es cierto que el mantenimiento del actual status quo produce efectos desfavorables al demandante de amparo, no lo es menos que no es posible prejuzgar acerca de cuál sería la resolución de fondo que pudieran dictar los Tribunales españoles acerca de las cuestiones que se les plantearan. Finalmente, debe tenerse igualmente en cuenta que la actual situación está fundada en una resolución de un Tribunal de Justicia de los Estados Unidos, que, por sí misma, es idónea para definir esa situación en tanto otro Tribunal competente no la modifique.

II. ADOPCION. SUSTANCIACION POR LOS TRAMITES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia n.º 114/1997, de 16 de junio.

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

La sustanciación de la adopción por los trámites de la jurisdicción voluntaria no vulnera los derechos de defensa de los padres biológicos. Procede anular la sentencia de apelación y retrotraer las actuaciones al momento de la vista si el Abogado no pudo comparecer por causa imprevisible.

ANALISIS DEL CASO

- Iniciado un expediente de adopción, se libró exhorto a un juzgado de Paz, para que fuese oída la madre biológica “a fin de que pudiera manifestar lo que a su derecho convenga relativo a la adopción del menor Daniel, manifestándole por ese Juzgado que el hecho de ser simplemente oída se debe a que se encuentra incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que no se le pide asentimiento a la adopción”.
- En comparecencia efectuada ante el juzgado, la madre biológica manifestó “que desde el primer momento la compareciente ha manifestado su deseo de tener consigo a su hijo Daniel, no queriendo perder la patria potestad del mismo, que dentro de poco tiempo el Ayuntamiento les va a proporcionar casa donde criar a su hijo”. El Juzgado dictó auto acordando la adopción del menor por las personas propuestas por la Entidad pública.
- Notificado el auto de adopción a la madre biológica, tras el nombramiento de abogado y procurador de oficio, interpuso recurso de apelación. Una vez personadas las partes ante la Audiencia, se dio el trámite de instrucción, que fue declarado caducado sin que ninguna de las partes formularan petición o escrito alguno, señalándose día y hora para la vista. Un día antes del día señalado, el procurador de la madre biológica presentó un escrito manifestando la imposibilidad del abogado para comparecer el día señalado para la vista, a causa de una huelga de RENFE. La vista se celebró compareciendo únicamente el Ministerio Fiscal y la Audiencia Provincial dictó auto desestimando el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el presente recurso de amparo se alega la vulneración del artículo 24 de la Constitución al haberse causado indefensión a la parte en la tramitación del expediente de adopción, pues entiende la recurrente que el Juzgado de Familia lo ha tramitado de manera informal, lo que le ha impedido ejercer sus derechos a la defensa, a la asistencia letrada, a la prueba y, en general, a un proceso con todas las garantías y por otro lado, al no haberse suspendido la vista de apelación después de haber justificado la ausencia del letrado. Analicemos separadamente cada uno de estos motivos:

1. Sustanciación del procedimiento de adopción por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

Entiende el Tribunal Constitucional que el procedimiento judicial de adopción no puede ser analizado aisladamente, y en este sentido es relevante el dato de que la solicitud de adopción fue adoptada por una Administración pública, el Instituto Navarro de Bienestar Social, solicitud formulada tras sustanciar el correspondiente procedimiento administrativo (arts. 172 y 176 del Código Civil). En ese procedimiento, el menor Daniel había sido declarado en situación de desamparo, asumiendo la entidad pública su tutela legal, por Resolución de 22 de diciembre 1992, cuando el niño se encontraba internado en un hospital público gravemente enfermo. En segundo lugar, tampoco puede ser pasado por alto que los Tribunales Civiles que resolvieron sobre la adopción del menor, mediante las resoluciones aquí impugnadas en amparo, acababan de tramitar un procedimiento judicial para resolver acerca del acogimiento del menor. En dicho procedimiento, tanto el Juzgado de Familia como la Audiencia Provincial examinaron los hechos que habían dado lugar a la actuación de la Administración Navarra, así como las alegaciones formuladas por la madre del menor. Esta última no solamente fue oí-

da por el Juzgado, sino que había sido pro vista de Abogado y Procurador de oficio en el momento en que lo solicitó, profesionales que, por su parte, interpusieron recurso de apelación contra el auto de acogimiento, formulando alegaciones en una vista pública celebrada ante el Tribunal Superior, que finalmente fueron rechazadas por la Sección de la Audiencia en un Auto de 27 de abril de 1994, al cual se remitió enteramente el Auto de 15 de diciembre de 1994, ahora impugnado en esta sede constitucional de amparo.

Señala el Tribunal Constitucional que *“La genérica alegación de que el procedimiento de adopción establecido por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor de la reforma llevada a cabo por la Ley de Adopción (Ley 21/1987, de 11 de noviembre), vulnera los derechos de defensa de la madre del menor, no puede ser aceptada. Como advertimos en la Sentencia 298/1993, al resolver un recurso que presenta analogía con el presente, el art. 24 de la CE no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables (SSTC 11/1982, 1/1987, 43/1987, 431 y 160/1991). Lo fundamental, desde la óptica constitucional, es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable (SSTC 41/1982, fundamento jurídico 5.º y 141/1992, Fundamento jurídico 2.º)”*.

“Esta ha sido (continuábamos diciendo en la STC 298/1993) la perspectiva seguida por el Tribunal al enjuiciar la cuestión de indefensión, suscitadas en supuestos análogos al presente, en las SSTC 13/1981 y 71/1990. En la primera de dichas sentencias ya resaltamos que la diversidad de los

supuestos contemplados en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, unida a las variadas tesis que existen acerca del carácter jurídico de tales manifestaciones de la jurisdicción voluntaria, impiden sentar conclusiones generales a la luz del art. 24 de la CE. Es necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del Texto Constitucional, teniendo muy presentes algunos rasgos legales de estos procedimientos judiciales: destacadamente, que la Ley ofrece amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad, y que el alcance de la cosa juzgada se encuentra limitado, como se deduce de los arts. 1813, 1816 y 1818 de la LEC, entre otros (STC 13/1981, fundamentos jurídicos 3.º y 4.º). Y en la STC 71/1990 quedó sentado, con carácter general, que no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales procedimientos comunes. Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (STC 76/1990 y 298/1993).

A estas razones es preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la LEC transparente su intención de servir importantes fines. Uno, asegurar que todas las actuaciones serán llevadas a cabo “con la conveniente reserva”, evitando en particular que se quiebre la muralla de discreción que la Ley establece en-

tre la familia de origen y la familia adoptiva (art. 173.4 del CC y art. 1826 de la LEC). Otro fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2, 174 y 176.1 del CC y art. 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Atendidas las circunstancias concretas en que se han desarrollado las actuaciones que dieron lugar a los autos impugnados, no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a utilizar los medios de prueba pertinente. Nunca, ni siquiera en el trámite de instrucción del recurso de apelación en que contaba con asistencia letrada, ni con anterioridad, en el previo procedimiento acerca del acogimiento del menor, ha propuesto la quejosa que se practique prueba alguna, ni ha intentado presentar documentos u ofrecer justificaciones, en los amplios términos que permiten los arts. 1816 y concordantes de la LEC, lo que distingue a este caso totalmente del que dio lugar al fallado en la STC 187/1996.

Por consiguiente, lo mismo que concluimos en la STC 298/1993, fundamento jurídico 7.º, mal puede decirse que este derecho a la prueba fue violado, cuando la parte no ejercitó su derecho a probar, proponiendo las pruebas que quería practicar y, en su caso, colaborando en su práctica. La demanda de amparo, además, no critica los hechos, tenidos en cuenta en los procedimientos judiciales previos, que no han sido negados, sino confirmados, por las declaraciones de la interesada. Lo único que muestra es su disconformidad con las conclusiones alcanzadas por las resoluciones judiciales al valorar tales hechos, lo que resulta ajeno al derecho fundamental a la prueba (STC 261/1993).

En el capítulo de las alegaciones, es también indudable que la actora pudo ejercer sin obstáculos el derecho de defensa (STC

13/1981), como consta acreditado en las actuaciones judiciales. Ya cuando compareció en el previo procedimiento de acogimiento, el 2 de junio de 1993, evidenció que conocía que los funcionarios de la Administración navarra opinaban que era preferible que su hijo fuera adoptado por otra familia, y expresó su disconformidad sin cortapisas de ningún género. En su segunda comparencia ante el Juzgado, el 28 de marzo de 1994, se le comunicó que su asentimiento no era considerado necesario para acordar la adopción, por entender que había incumplido los deberes inherentes a la patria potestad; dispuso de otra ocasión para expresar su oposición al acogimiento y a la propuesta de adopción de su hijo, lo que hizo sin traba alguna.

Además, en aquel momento el Juzgado ya le había designado de oficio Abogado para asistirle en la defensa de sus derechos, concretamente el 1 de septiembre de 1993. Y dicho Abogado interpuso recurso de apelación contra el auto que acordó el acogimiento del menor, habiéndose instruido de la totalidad de las actuaciones administrativas y judiciales llevadas a cabo hasta entonces. El Letrado se encontraba en contacto con la interesada, la cual había sido informada por el Juzgado de su dirección y teléfono, por lo que contaba, en suma, con los medios suficientes para defender adecuadamente sus derechos.

2. Denegación de la suspensión de la vista a pesar de haberse justificado la inasistencia del Letrado.

La segunda cuestión planteada por la recurrente de amparo se refiere a la falta de respuesta motivada por parte de la Audiencia Provincial a su petición de suspensión de la vista de la apelación. El motivo que alegó

para tal suspensión fue la imposibilidad de que su letrado pudiese comparecer a la vista de la apelación contra el auto de adopción y el mismo debe estimarse puesto que se trataba de una causa de fuerza mayor.

Recuerda el Tribunal Constitucional que “desde las sentencias 130/1986 y 237/1988 hemos destacado que, cuando alguna de las partes en un litigio solicita razonablemente la suspensión de la vista o del juicio, el Tribunal competente no puede ignorar su petición y llevar a cabo la actuación judicial sin resolver motivadamente acerca de su solicitud, si con ello perjudica sus derechos de defensa”. Así ocurre cuando el Tribunal dicta sentencia “con desconocimiento de los fundamentos jurídicos de la apelación”, “sin motivar o explicar las razones por las que no resultaba justificada la causa de suspensión de la vista invocada por la parte apelante” (STC 130/1986).

La huelga de ferrocarriles que impidió al abogado de la quejosa regresar a España en la fecha prevista, dos días antes de la vista del recurso, y que no fue comunicada en ningún momento con antelación ni a él ni a la agencia de viajes que había organizado su desplazamiento, constituía sin duda “un hecho imprevisible” que hubiera podido justificar la inasistencia a la vista, y por ende, su suspensión (STC 196/1994). En definitiva la total falta de respuesta judicial a la solicitud, formulada por el Procurador de la apelante en el primer momento en que fue posible hacerlo, por un lado, y por otro, la trascendencia de la vista a celebrar, momento en el que el Abogado designado de oficio iba a tener ocasión de articular una defensa técnica de los derechos de la madre biológica, conducen a entender vulnerado el derecho fundamental de ésta a una tutela judicial efectiva y sin indefensión (art. 24.1 de la Constitución Española).

III. EMPLAZAMIENTO POR MEDIO DE EDICTOS

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 186/1997, de 10 noviembre.

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

Antes de emplazar al demandado por medio de edictos es necesario haber agotado todas las modalidades de citación, pudiendo acudir incluso al auxilio de la Policía Judicial.

ANÁLISIS DEL CASO

- El demandado fue emplazado en autos por medio de edictos, declarándose posteriormente su rebeldía y siguiendo los autos su curso sin que el mismo tuviera conocimiento del procedimiento.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que “*el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24 de la CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión*” (SSTC 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993, 108/1994).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa hemos afirmado también,

que el art. 24.1 de la CE contiene un mandato implícito de excluir la indefensión propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que, puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 9/1981 y 37/1984). Pues la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser “*ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real (...)* cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada” han de entenderse necesariamente como “*un último y supletorio remedio (...)* subsidiario y excepcional (...) reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada nos pueda ser habida” —STC 29/1997, F. J. 2.º, y en el

mismo sentido SSTC 97/1992 y 193/1993— habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran:

a) *Haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías — citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido orden de busca a la Policía Judicial—.*

b) *Constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación.*

c) *Que la resolución judicial de considerar al demandado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 234/1988, 16/1989, 196/1989, 9/1991 y 103/1994).*

IV. SOLICITUD DE ABOGADO Y PROCURADOR DE OFICIO PARA INTERPONER RECURSO DE APELACION

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 217/1997, de 4 de diciembre.

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

Solicitado por la parte el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio al interponer el recurso de apelación contra un incidente dimanante de un procedimiento de divorcio, la falta de dicho nombramiento produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que lleva a la estimación del recurso de amparo.

ANALISIS DEL CASO

- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en un incidente de impugnación de Tasación de Costas dimanante de un procedimiento de divorcio. La recurrente solicitó Abogado y Procurador del turno de oficio para su defensa y representación en apelación.
- La Audiencia Provincial de Barcelona dictó resolución declarando desierto el recurso de apelación.
- La recurrente interpone recurso de amparo, por infracción del art. 24.1 de la Constitución, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por cuanto no se proveyó su solicitud de nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demandante de amparo denuncia que al haberse declarado desierto el recurso de apelación interpuesto en tiempo y forma por parte de la AP de Barcelona, sin previamente haberse procedido al nombramiento de Abogado y Procurador por el turno de oficio, tal como había solicitado al interponer el recurso de apelación contra la sentencia dictada en Primera Instancia y como reiteró en una posterior comparecencia ante el Juzgado, se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE).

El Ministerio Fiscal entiende que, en el presente supuesto, se ha producido una vulneración de derechos fundamentales, no sólo del derecho de acceso al recurso sino también del derecho a la asistencia Letrada. Por ello, solicita se dicte sentencia en la que se otorgue el amparo y se anulen las actuaciones con retroacción al momento de recepción de los autos por la Sec. 12.^a de la AP de Barcelona, para que por la misma se provea a la recurrente de Abogado y Procurador de oficio a fin de sostener el recurso de apelación.

El Tribunal Constitución estima el amparo señalando que “en un caso sustancialmente igual al presente, resuelto por la STC 135/1991, ya dijimos que el no haber actuado los órganos judiciales en orden a la preservación del derecho de defensa del entonces recurrente en amparo, lesionaba sus derechos constitucionales del art. 24.1 y 2 de la CE. En el presente, D.^a Rosa interpuso recurso de apelación al tiempo que solicitaba el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio ante la Audiencia Provincial. El Juzgado, por providencia de 3 de noviembre de 1993, admitió el recurso en ambos efectos, haciendo constar el emplazamiento a las partes por término de 15 días a efectos de comparecencia. Una vez emplazada D.^a Rosa en su Procuradora de instancia, volvió a solicitar que se designara Abogado y Procurador por el turno de oficio. Asimismo el

Juez, al elevar las actuaciones a la Audiencia Provincial hizo constar la solicitud curada por la apelante en cuanto a representación y defensa, pero ninguna diligencia se practicó por el Juzgado en relación con los nombramientos solicitados. Llegados los autos a la Audiencia Provincial, tampoco dicho Tribunal desplegó actividad alguna en orden a nombrar Abogado y Procurador por el turno de oficio en un procedimiento en el que es indispensable el concurso de dichos profesionales para la dirección y representación técnicas de los justiciables. La Audiencia procedió a dictar sin más trámite auto por el que declaró desierto el recurso de apelación”.

Pues bien, tal y como se afirmó en la mencionada STC 135/1991 “Dentro del haz de garantías que conforman el derecho al proceso figura, como reiterada y firme jurisprudencia de este Tribunal tiene declarado, el derecho a la asistencia Letrada. Este derecho supone que tal asistencia, de acuerdo a la STC 37/1988, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe ser, además de real y efectiva, proporcionada, en determinadas condiciones, por los poderes públicos. La lesión constitucional aquí denunciada se consumió al declarar desierto el recurso de apelación sin que por la Audiencia se respondiese a la petición de asistencia Letrada realizada por el apelante que constaba unida en autos y sin que se estableciese relación alguna entre ese dato y la no personación del recurrente en la apelación dentro del término para el que fue emplazado por el Juzgado de instrucción (...). No corresponde a este Tribunal, dado que se trata de una cuestión organizativa ajena al mismo, establecer los criterios por los que la designación de Abogado y Procurador por el turno de oficio haya de regirse, incluso a la vista de ciertas insuficiencias legales y a la confusión que ello pueda ocasionar. La designación de tales profesionales para asegurar el derecho

de defensa es una obligación jurídico-constitucional a la que se da cumplimiento por diversos poderes públicos, singularmente los órganos judiciales y los Colegios de Abogados y Procuradores, y por la cual, llegado el caso, debe velar igualmente el Ministerio Fiscal, ejerciendo sus funciones en defensa de la legalidad y de los derechos e intereses de los que, sean cuales fueran las circunstancias, se ven impedidos de hacerlo”.

En consecuencia, y a la luz de la doctrina indicada, debe estimarse que las resoluciones impugnadas lesionan el derecho constitucional de la recurrente reconocido en el art. 24.1 de la CE, pues, en el presente caso, los órganos judiciales no han actuado en orden a la preservación del derecho de defensa de aquella, ni han desplegado, por lo tanto, la obligación de tutela judicial efectiva que rige su actividad jurisdiccional.

V. INADMISION DEL RECURSO DE REPOSICION POR NO CITAR LOS PRECEPTOS LEGALES INFRINGIDOS

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sección 1.^a, Auto de 10 de noviembre de 1997.

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al no admitirse a trámite un recurso de reposición en base a no citar los preceptos legales infringidos, cuando la providencia recurrida tenía como única finalidad la preservación de los pronunciamientos firmes dictados en ejecución de sentencia.

ANALISIS DEL CASO

- En trámites de ejecución de sentencia matrimonial, el demandado fue requerido a fin de que abonase determinadas cantidades.
- El demandado interpuso recurso de reposición contra dicha providencia. Entendía el recurrente que la resolución recurrida tenía un contenido sustantivo propio, resolutorio del incidente de ejecución de sentencia, y que, en su consecuencia, excedía de lo que pudiera considerarse una resolución de mera ordenación del procedimiento, por lo que se solicitaba la admisión de dicho recurso, alegando que la ausencia de precepto procesal infringido no era óbice para la admisión del mismo.
- El Juzgado de Familia desestimó el recurso en base a no haberse citado en el recurso el precepto de la LEC que se consideraba infringido.

COMENTARIO DEL AUTO

El solicitante de amparo alega que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de la interpretación formalista y rigorista que el órgano judicial de instancia ha efectuado del requisito procesal contenido en el art. 377 de la LEC, consistente en la necesidad de citar el precepto procesal infringido en la resolución judicial que se recurre, cuando en la misma, se impugnaba de manera exclusiva pronunciamientos de índole material.

El Tribunal Constitucional señala que “dicha alegación no puede prosperar. Debe partirse, tal como señala el Ministerio Fiscal, de la problemática que supone la ejecución de un convenio regulador, y del hecho de que por medio de un recurso de reposición, que los arts. 376 y concordantes de la LEC concibe con otros fines, se pueda reproducir el debate sobre un aspecto sustantivo de la litis, a los efectos de obligar al Juzgador a dictar resoluciones de fondo sobre cada uno de los extremos de la ejecución, so pretexto de dar respuesta a la pretensión sustentada en dicho recurso, lo que

pondría en entredicho la firmeza de las resoluciones judiciales que hayan adquirido tal condición, y por ende, la seguridad jurídica que las mismas comportan. Y ello es más evidente, si cabe, en determinados procesos como los matrimoniales, donde las soluciones a las cuestiones planteadas, por su propia naturaleza son perentorias y urgentes. En base a estas consideraciones, cabe afirmar que por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, no se ha efectuado en la resolución impugnada una interpretación rigorista o desproporcionada del art. 377 de la LEC, toda vez que el contenido de la providencia objeto del presente recurso de amparo ha tenido como única finalidad, la preservación de los pronunciamientos firmes establecidos en la presente ejecución, satisfaciendo en definitiva las exigencias constitucionales establecidas en el art. 24.1 de la CE, sin que por ello se haya lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a diferencia de lo afirmado en la demanda de amparo, procediendo, en su consecuencia, la inadmisión del presente recurso”.

I. UNIONES DE HECHO

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

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 29 de octubre de 1997.

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

Cuando cesa con carácter definitivo la convivencia more uxorio entre dos personas, se hace preciso la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los arts. 392 y ss. del Código Civil.

ANALISIS DEL CASO

- Doña Soledad y D. Ramón mantuvieron una relación *more uxorio* durante siete años aproximadamente.
- Tras cesar en la convivencia, D.^a Soledad presentó demanda de menor cuantía para que entre otras cuestiones se declarase: a) Que la actora tiene derecho a la mitad del patrimonio acumulado durante esa convivencia, así como a sus rentas o productos adquiridos o generados por la actividad común durante el período de convivencia de ambos; b) Se atribuya a la demandante el derecho a usar el piso sito en Sevilla hasta que se proceda a la efectiva liquidación y división del patrimonio común.
- D. Ramón se opuso a la demanda solicitando se dictase sentencia desestimando en todo las pretensiones de la parte actora por no haber habido convivencia formal, sino una relación amistosa laboral durante 27 meses alternos y no seguidos, aún cuando se haya convivido algunas temporadas bajo el mismo techo y por tanto, declarando que el patrimonio de D. Ramón inscrito a su nombre es únicamente suyo.

- El juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 13 de noviembre de 1992, estimando parcialmente la demanda y declarando que ha existido un patrimonio común entre los actores durante el período de cinco años aproximadamente que eran los que han convivido como unión de hecho, formado dicho patrimonio: a) Una vivienda sita en Sevilla, calle cuya propiedad en régimen de comunidad de bienes pertenece a ambos por mitades iguales. b) Negocio de croissantería sito en Punta Umbría calle cuya titularidad, en régimen de comunidad de bienes corresponde a ambos por mitad. Por la parte demandada se interpone recurso de apelación contra esta sentencia.
- La sección 5.^a de la AP de Sevilla dictó sentencia en grado de apelación con fecha 8 de julio de 1993, estimando en parte el recurso planteado declarando que no constituye patrimonio común que haya de ser objeto de división entre el demandado y la actora, el negocio de croissantería sito en Punta Umbría, cuya titularidad corresponde exclusivamente al apelante, confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.
- Don Ramón recurrió en casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La parte actora presentó demanda en reclamación de la mitad del patrimonio que el demandado había adquirido mientras ambos estuvieron conviviendo. Esta petición exige analizar dos cuestiones: en primer lugar, la existencia o no de una unión de hecho entre las partes y en segundo lugar, la liquidación de los bienes adquiridos durante dicha convivencia.

1. Existencia de una unión de hecho.

Como hechos probados, la sentencia recurrida establece que:

a) Las partes de la presente contienda judicial han constituido una pareja heterosexual que convivió por espacio de unos 5 años teniendo como único nexo de unión una *afectio* recíproca.

b) Durante la duración de dicha unión, se adquirió una vivienda en la que se fijó la residencia y cuyo precio se pagó con fondos

de una cuenta corriente bancaria a nombre de las dos partes y cuyos asientos positivos fueron efectuados indistintamente por las dos partes.

Visto lo anterior no puede haber lugar a dudas que surge en relación a las partes de este pleito, la existencia de la denominada sociológicamente “unión de hecho” y que como familia natural, debe ser merecedora de la misma protección por parte de los poderes públicos que para la familia jurídica establece el art. 39.1 CE, sobre todo cuando de dicho texto no se desprende que haya una sola forma de familia reconocida.

Además la realidad social indica que tales uniones dan las características básicas de la familia jurídica, con la única característica especial de no existir una normalización religiosa o civil de tal unión de hecho. Y así la S. de 18 de mayo de 1992 de esta Sala, que cita la de 13 de junio de 1986 y la de 14 de julio de 1988, así como la del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1991,

afirma que “las uniones libres aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no lo prevé, pero tampoco expresamente las rechaza, y así se desprende de su art. 32 en relación al 39 que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como la unión de hecho”. Incluso en el derecho comparado afín, el Tribunal de casación de Italia vino a reconocer en su S. de 2 febrero de 1977, la denominada “familia di fatto”, como entidad social que ejercita unas funciones en la educación y mantenimiento de sus miembros, y que debe ser protegida a tenor de lo dispuesto en el art. 2 de la Constitución Italiana.

2. Liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia.

La falta de regulación específica en la materia nos plantea diversas controversias en el momento de analizar las consecuencias patrimoniales que el cese de dicha unión tiene entre dos personas que conviven sin haber contraído matrimonio. Está claro, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, que no podemos aplicar la normativa de la liquidación de la sociedad de gananciales (SSTS de 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993, 22 de julio de 1993 y 11 de octubre de 1994), sin embargo, debemos cuestionarnos si existen otras vías para regular esta situación.

La sentencia de instancia entendió que había existido entre los convivientes una co-

munidad de bienes, y por tanto los bienes adquiridos durante esta convivencia pertenecían a ambos. El Tribunal Supremo ratifica esta calificación jurídica: *“la sentencia es clarificadora cuando afirma que cuando cesa, con carácter definitivo —como es la actual situación—, la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los arts. 392 y ss. del CC, Operación jurídica, ésta, que se ha efectuado perfectamente en la sentencia recurrida, desechando la necesidad por parte de la parte recurrida de ejercitar la acción de nulidad del art. 1301 CC, puesto que como se ha dicho la titularidad formal sobre un bien comunitario no impide su inclusión en el acervo a dividir y a adjudicar”.*

El recurrente sostiene, que de admitirse la existencia de esa comunidad de bienes, se ha infringido lo establecido en el art. 393.2 del CC, en cuanto que no puede presumirse la igualdad en las cuotas de los comuneros. El Tribunal Supremo desestima el motivo, puesto que *“no se ha enervado la presunción iuris tantum del art. 393.2 del CC, a pesar de la minuciosa prueba practicada, ya que de la norma no se deducen datos para determinar su cuantía, en los casos en que exista una comunidad cuyos sujetos tienen cuotas dudosas en su alcance y magnitud”.*

2. *Validez del documento notarial que suscribieron los convivientes para regular las relaciones paterno-filiales.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

Habiendo llegado a un acuerdo los convivientes de hecho para regular las relaciones paterno-filiales y en especial la manutención de la menor, acuerdo que fue formalizado en escritura notarial de fecha 9 de marzo de 1984, y no apareciendo acreditado que el padre, a quien correspondía la prueba del abono de las prestaciones a su cargo, haya verificado pago alguno en la etapa señalada por la recurrente, procede condenarle al abono de los atrasos más los intereses legales.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Pablo promovió demanda de menor cuantía contra D.^a Isabel solicitando la atribución de la guarda y custodia de su hija Lidia, y subsidiariamente que se establezca un determinado régimen de visitas.
- D.^a Isabel contestó a la demanda y formuló al mismo tiempo reconvenición solicitando que se declare válido y subsistente lo convenido entre las partes en el acta notarial otorgada el 9 de marzo de 1984, y por consiguiente el régimen de visitas que en el mismo se fijaba, igualmente, y en aspecto económico reclamó los atrasos de la pensión alimenticia de la hija y su actualización.
- El Juzgado de 1.^a Instancia número 29 de Madrid dictó sentencia en fecha 9 de junio de 1992, atribuyendo la guarda y custodia a la madre y fijando un régimen de visitas a favor del padre, así como la obligación de este de abonar 25.000 ptas. en concepto de pensión alimenticia desde la fecha de interposición de la demanda.
- Apelada la sentencia, la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 9 de junio de 1992, estimando parcialmente el recurso modifica el régimen de visitas establecido en la instancia.
- La madre interpone recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Iniciado a instancia de un conviviente de hecho un procedimiento de menor cuantía para regular las relaciones paterno-filiales tras el cese de la convivencia, la madre se opone alegando que dichas consecuencias ya estaban reguladas en un documento notarial y reconviene reclamando las pensiones impagadas desde la fecha en que se otorgó el mismo. Dos son las cuestiones que plantea la recurrente:

1. Validez del documento notarial suscrito por los convivientes y falta de pronunciamiento sobre la reclamación de atrasos de la pensión.

Ni la sentencia de instancia ni la dictada por la Audiencia Provincial hacen referencia a la reclamación de pensiones, lo que da lugar a que la madre interponga el correspondiente recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el motivo, puesto que *“la sentencia impugnada en casación peca de incongruencia omisiva, ya que olvida la cuestión precisada por la recurrente, pues no se refiere a la misma en ningún ordinal de la resolución, pese a que, como se deduce de la diligencia de vista de 21 de octubre de 1993, ha sido uno de los temas predominantes de la apelación, con lo que no cabe inferir aquí la existencia de un pronunciamiento implícito y reiterativo de la denegación contenida en la sentencia del Juzgado, sino que simplemente la resolución de la Audiencia silencia sin excusa este elemento del debate”*.

Entrando el Tribunal Supremo en el fondo de la cuestión, esto es, la validez y eficacia del documento notarial suscrito por los cónyuges y su cumplimiento señala que *“procede acceder al citado pedimento, toda vez que los litigantes han llegado a un acuerdo sobre la manutención de la menor, que ha sido formalizado en escritura notarial de fecha 9 de marzo de 1984, y no aparece acreditado que D. Pablo, a quien co-*

rrespondía la prueba del abono de las prestaciones a su cargo, haya verificado pago alguno en la etapa señalada por la recurrente”. En el fallo de la sentencia se incluye el siguiente pronunciamiento: *“por pensiones atrasadas, D. Pablo abonará a D.ª Isabel la cantidad de 720.000 ptas., más los intereses legales correspondientes”*.

Como vemos, el Tribunal Supremo da plena validez al documento notarial que suscribieron los convivientes de hecho y por tanto declara exigibles las pensiones que no se abonaron durante el período que reclama la madre.

2. Modificación del régimen de visitas sin petición de parte.

Entiende la recurrente que se ha producido una incongruencia *extra petitum*, ya que la sentencia de apelación ha eliminado el período transitorio de seis meses establecido por la del Juzgado para el régimen de visitas sin que lo solicitara la parte adversa. A este respecto señala el Tribunal Supremo *“El motivo se acoge porque la sentencia de 1.ª instancia reconoció el derecho de D. Pablo a comunicarse con su hija y, en caso de desacuerdo, ha establecido un sistema transitorio de seis meses para dicha relación, sin que aquella resolución fuera objeto de apelación por aquel litigante, que la consintió, mientras que D.ª Isabel exteriorizó su pretensión ante la Audiencia sobre dicho régimen de visitas e instó la reducción del establecido por el Juzgado, de modo que la eliminación del período transitorio, no solicitada por el iniciador del pleito, supone reformatio in peius para la recurrente, y si bien no cabe confundir este defecto con la incongruencia, pues se trata de infracciones procesales diferentes, no hay duda de que pueden coincidir, como ocurre cuando la última nombrada supone una agravación de la posición jurídica de la parte recurrente”*. Aunque la apelación somete al Tribunal el conocimiento de todo el litigio para valo-

rar la prueba y las cuestiones debatidas, no puede, sin embargo, agravar el fallo en perjuicio de la recurrente cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación.

En la parte dispositiva de la sentencia, el Tribunal Supremo establece el régimen de visitas con la inclusión del período transitorio de seis meses.

II. FILIACION

1. RECONOCIMIENTO DE FILIACION

1.1. *Reconocimiento de filiación extramatrimonial a través de expediente gubernativo tramitado ante el encargado del Registro Civil.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 9 de octubre de 1997.

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

No tiene interés directo, y por tanto no es preceptiva su audiencia en el expediente, el tío materno de un menor que desde el fallecimiento de la madre viene ejerciendo la guarda y custodia del mismo, a pesar de que incluso fue designado tutor en el testamento otorgado por la madre ante notario.

ANALISIS DEL CASO

- D.^a Montserrat F.M., de estado civil soltera, dio a luz en Barcelona, el 12 de mayo de 1984, un niño, al que llamó Jordi F.M. Posteriormente contrajo una grave enfermedad, por lo que, junto con su hijo, pasó a residir en el domicilio de su hermano Juan F.M., a finales de 1988, hasta el día de su fallecimiento, el 1 de mayo de 1989. D.^a Montserrat F. M. otorgó testamento en 17 de octubre de 1988, en el que instituía heredero universal a su hijo Jordi, y designaba tutor del mismo a su hermano. El menor continúa residiendo en el domicilio de su tío, quien se ha hecho cargo de su cuidado y educación.

- D. Juan D.S. instó ante el Encargado del Registro Civil de Barcelona expediente de reconocimiento de filiación extramatrimonial, dictándose auto aprobando el reconocimiento con fecha 6 de agosto de 1990. D. Juan F.M. no intervino en el expediente y tuvo conocimiento de dicha resolución en el mes de enero de 1991.
- Don Juan F.M. interpuso demanda de menor cuantía contra Don Juan D.S. solicitando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del expediente de reconocimiento de paternidad o alternatively reponga las actuaciones al momento en que se debía citar personalmente al actor, como parte interesada en el expediente de filiación. El demandado se opuso a la demanda y solicitó su desestimación y que se declare su efectiva paternidad sobre el menor Jordi y se ponga a éste bajo su guarda y custodia.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 17 de Barcelona dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 1993 desestimando la demanda y acordando que el menor quedase bajo la guarda y custodia del padre, quien ejercerá la patria potestad, asumiendo las obligaciones que comporta.
- En grado de apelación, la sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 26 de julio de 1993 desestimando el recurso de apelación.
- D. Juan F.M. interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Establece el artículo 49 de la Ley del Registro Civil que el reconocimiento de la filiación paterna podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil, o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el Encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En presente supuesto, D. Juan D.S. utilizó esta vía para la determinación de la filiación paterna.

El recurrente en casación, solicita la nulidad de dicho reconocimiento o en su caso, que se retrotraigan las actuaciones al momento en el que se le debió citar personalmente en el expediente incoado en el Registro Civil, ya que conforme a lo establecido en el art. 346 del Reglamento del Registro Civil tiene interés legítimo en el mismo, puesto que con dicha filiación y sus efectos, se le priva de la posibilidad de ejercer el car-

go para el que fue designado e igualmente se le priva de la guarda del menor.

Señala el artículo 346 del RRC que “Tienen interés legítimo en un expediente los que por él pueden resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos o sus herederos”. Por tanto, la cuestión a decidir no es otra que determinar si D. Juan F.M. tiene o no interés legítimo para intervenir en el expediente. En este sentido señala el Tribunal Supremo que *“el aspecto de la legitimación que propugna el recurrente en punto a su necesaria intervención en el expediente, no tiene fundamento alguno la argumentación concerniente a que la tramitación de aquél, con el consecuente reconocimiento de la paternidad del menor, le privó de la posibilidad de ejercer el cargo de tutor para el que fue designado, y ello, porque tal “privación”, en su caso, sólo al recurrente ca-*

bría imputar, pues si su hermana, en la cláusula 2.ª de su testamento, le designó como tutor de su hijo para el caso de que se viese sometido a tutela, es claro que, a tenor del art. 229 CC, se encontraba facultado para haber promovido la constitución de la tutela correspondiente a su sobrino, lo que no efectuó, ya que es hecho acreditado en las sentencias de instancia la no constancia de haberse constituido la tutela, y de algún modo, la imposibilidad de atribuirle la calidad de “representante legal” del menor, con lo cual, en la relación existente entre tío-sobrino, la única condición que puede reconocerse al primero es la de ostentar de hecho la guarda y custodia del segundo, haciéndose cargo del cuidado, atención y educación del mismo, pero sólo en un sentido eminente y puramente fáctico.

Aun cuando la condición fáctica atribuida al Sr. F.M., se interpretase en un sentido amplio en sus efectos y consecuencias, es

indudable que, en ningún caso, permitiría configurarla o equipararla a un supuesto de representación legal, de manera, que la intervención del tan repetido señor en cualquier actuación judicial e, incluso, extrajudicial, que afectase al menor, debiese ser considerada como esencial y necesaria y presupuesto ineludible de su validez y eficacia, pero al no ser esto así, resulta evidente la imposibilidad de conferirle la posesión del “interés legítimo” que preconizan los arts. 346 y 349 del Rgto. del Registro Civil en punto a intervención en el expediente cuestionado y ser parte y oído en el mismo, ya que la atribución de la condición fáctica referida, está bien lejos de la posibilidad de considerarle afectado directamente en su “estado, bienes o derechos” por la incoación y tramitación del expediente tendente al reconocimiento de la paternidad del Sr. D.S. en relación con su sobrino menor de edad”.

2. RECLAMACION DE PATERNIDAD

2.1. *Insuficiencia de la prueba de confesión judicial y testifical.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.**

La negativa al sometimiento a la práctica de las pruebas biológicas puede ser un valioso indicio, siempre que el mismo vaya acompañado de otros medios probatorios que evidencien la razonable posibilidad del mantenimiento de relaciones sexuales determinantes del nacimiento del hijo cuya declaración de paternidad se postula, pero no cuando faltan en absoluto esos otros medios probatorios, en cuyo supuesto dicha negativa no puede, por sí sola, desplegar la plena eficacia probatoria que pretenden atribuirle los recurrentes.

ANÁLISIS DEL CASO

- En 1988, D.^a Dolores, de estado soltera, actuando en representación de su hijo menor, promovió contra D. Ramón procedimiento de menor cuantía solicitando que se dictase sentencia, por la que se declare la filiación no matrimonial del menor como hijo de D. Ramón.
- El juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda y absolvió de todos los pedidos de la misma al demandado D. Ramón.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid en fecha 14 de julio de 1993 confirmando la sentencia declara que, no ya la existencia de relaciones sexuales sino que no puede ni siquiera considerarse acreditada la relación sentimental que dice la actora que mantuvo con el demandado durante 7 años, relación que no ha sido probada eficazmente, al no existir documentos epistolares entre las partes, ni fotográficos que demostraran de modo inequívoco la relación que manifiesta la hoy apelante, carencia extraña en una relación tan duradera en el tiempo y que fue mantenida en su mayoría con una distancia superior a los 500 kms. Por otro lado, la mera negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica no puede, por sí sola, dar lugar a la pretendida declaración de paternidad, si no está acompañada de otros medios de prueba reveladores de relación sexual entre la madre y el presunto padre al tiempo de la concepción del menor afectado por la filiación reclamada.
- La demandante interpuso recurso de casación. El TS confirma la sentencia recurrida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Para que la negativa a someterse a las pruebas biológicas pueda ser un valioso indicio, es necesario que la misma vaya acompañada de otros medios probatorios que evidencien la razonable posibilidad del mantenimiento de relaciones sexuales. Si con el material probatorio aportado por la parte actora no se consigue acreditar la existencia de esas relaciones sexuales, la demanda de reclamación de paternidad no puede prosperar. En el presente caso, la actora pretende acreditar tales extremos únicamente con la prueba de confesión judicial y la testifical de una hermana y una amiga íntima, y con ese bagaje probatorio es evidente que la demanda difícilmente podrá ser estimada. En este

sentido señala el Tribunal Supremo que *“la prueba practicada en el proceso (17 años después de la fecha de nacimiento del hijo de la demandante), integrada solamente por las de confesión y testifical (las dos actas notariales de fecha de 10 de octubre de 1986, que se acompañaron con la demanda, contenedores de las manifestaciones de una hermana y una amiga íntima, respectivamente, de la demandante, no son más que sendas pruebas testificales preconstituidas extraprocesalmente, como hábil medio de viabilizar la admisión a trámite de la demanda —art. 127.2 CC—), máxime, repetimos, cuando de la referida prueba practicada en el proceso, que ha sido meticulosa-*

mente examinada por esta Sala, no obstante el óbice casacional antes dicho, en su afanosa búsqueda de la verdad material, lo único que aparece plenamente acreditado es que la demandante D.^a Dolores y el demandado D. Ramón se conocieron en un grupo de amigos, en el verano del año 1964, en La Coruña, en donde aquélla, que residía en Madrid, fue a pasar el mes de vacaciones, surgiendo entre ellos, a través de los veranos sucesivos, una amistad más o menos superficial, sin que aparezca probada la existencia de relación sentimental alguna, ni, mucho menos, la práctica de relaciones sexuales entre los mismos, que pudieran haber originado el embarazo de aquélla y el

subsiguiente nacimiento del hijo de la misma, al que se refiere este proceso, que es lo que viene a declarar la sentencia recurrida y aquí ha de mantenerse incólume”.

Vuelve a insistir el Tribunal Supremo en que “no es viable realizar en vía casacional, como pretenden los recurrentes, una nueva valoración de la prueba practicada en el proceso, puesto que la llevada a cabo por el Tribunal de apelación, con criterio ponderado, objetivo e imparcial, ha de prevalecer sobre la nueva que aquí pretenden hacer los recurrentes, con el subjetivismo y parcialidad propios de toda parte interesada”.

2.2. Declaración en base a otros hechos de los que se infiere la paternidad. Pensión alimenticia.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 17 de noviembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Procede declarar la filiación matrimonial en base a “otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo” sin que ello suponga vulnerar la presunción de inocencia. Si se fija una pensión alimenticia (30.000 ptas.) distinta a la señalada en la instancia (15% de los ingresos) no se incurre en reformatio in peius si la parte apelante no demuestra que lo concedido es más gravoso que lo que se estableció en la instancia.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María P. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra don Roberto R., sobre determinación de filiación no matrimonial respecto al menor Cristian P., solicitando que se declare que el demandado es el padre del menor y que se le condene a pagar mensualmente, dentro de los cinco días primeros de cada mes y en la cuenta bancaria que se designe, la cantidad que, como pensión, y para alimentos del mismo, se acredite y señale judicialmente.

- El Juzgado de 1.^a Instancia dictó sentencia el 24 de diciembre de 1992, estimando íntegramente la demanda y en relación con la obligación alimenticia se estableció el abono mensual de la suma resultante de calcular el 15% de los ingresos netos que obtenga el demandado, revisable anualmente conforme al índice de precios al consumo, publicado por el INE u organismo que le sustituya. La sentencia declaró probado: a) Que el menor, nació el día 28 de septiembre de 1986, figurando en su inscripción como hijo de doña María P. y designándose en el Registro Civil como nombre del padre a efectos identificadores el de Roberto. b) Que el demandado se ha negado a someterse a la prueba biológica de la paternidad, y c) Que la actora y el demandado mantuvieron relaciones sexuales en la época en que tuvo lugar la concepción del menor.
- La Audiencia Provincial, con fecha 15 de noviembre de 1993, dictó sentencia en grado de apelación, confirmando la sentencia a excepción del pronunciamiento relativo a la fijación de la pensión alimenticia, fijándola en la suma mensual de 30.000 ptas. a actualizar anualmente conforme al índice de precios al consumo, publicados en el INE u organismo que le sustituya.
- D. Roberto R. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Estamos en presencia de un procedimiento de reclamación de la paternidad en el que el demandado no se sometió a las pruebas biológicas, pero a pesar de ello, el juzgador entendió que existía suficiente material probatorio para determinar su paternidad. Como ya viene siendo normal en los procedimientos de filiación, se interpone recurso de casación con la finalidad de pretender que el Tribunal Supremo vuelva a examinar y valorar la prueba practicada, cuando reiteradamente la Sala ha establecido que “*resulta incontestable la inatacabilidad de los hechos estimados acreditados en la instancia, con la consecuente imposibilidad de sustituir el criterio valorativo del Tribunal por el propio y personal de la parte recurrente*”.

También se alega por el recurrente, que la sentencia que declara su paternidad ha vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia recogido en el art. 24 de la Constitución, puesto que a su entender no existen elementos de prueba suficientes para tal pronunciamiento. El Tribunal Supremo señala al respecto que “*en relación con el derecho fundamental a la presunción*

de inocencia, proclamado en el apartado 2 del art. 24 CE, es de decir, siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras, las SS. de 30 de octubre de 1991 y 20 de diciembre de 1994, que semejante principio tiene como exclusivo alcance y efecto la imposibilidad de condenar sin darse pruebas evidentes para hacerlo, pero en manera impide que la condena se produzca en el caso de que se aprecien aspectos probatorios, puesto que la mentada presunción implica que el acusado —en cualquier ámbito jurídico en que lo sea— no está obligado a probar su inocencia, pero deja de desplegar su presuntiva cobertura protectora a partir del momento en que, en cuanto presunción iuris tantum que es, aparece probada la culpabilidad del acusado en cuestión. Y es esto, precisamente, lo acontecido en el caso de autos, en el que en virtud de los hechos estimados acreditados se llegó a la conclusión de ser padre el demandado del hijo menor Cristian, por lo cual no cabe atribuir al Tribunal a quo infracción alguna acerca del principio de presunción de inocencia”.

El art. 135 del CC que hace referencia a las pruebas en los procedimientos de filiación, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo quedando compendiada su jurisprudencia en la sentencia de 5 de abril de 1990 *“Tras la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y en fiel concordancia con los principios sentados al efecto por la vigente Constitución Española, se ha consolidado ya una conocida línea jurisprudencial, claramente superadora de anteriores actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los actuales arts. 127 y 135 CC establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos. Tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual resulta decisivo el último inciso del citado art. 135, que alude a “otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”, frase que, sin duda, remite a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona aquel precepto: reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción. En conclusión, que el art. 135 del CC establece criterios de gran amplitud acudiendo a presunciones seu indicis para declarar o no la filiación reclamada. La proyección de la reseñada doctrina al caso que nos ocupa, evidencia que el Tribunal a quo no infringió el referido art. 135, en cuanto que la valoración racional y lógica*

de los hechos probados permite llegar a establecer la paternidad reclamada, y la inexistencia de las infracciones denunciadas en el primer motivo, conduce a su claudicación”.

La acción acumulada de fijación de alimentos para el hijo, es también objeto del recurso de casación, puesto que si bien en un principio el juzgado de instancia fijó en concepto de pensión alimenticia el 15% de los ingresos del demandado, posteriormente la Sala modificó este pronunciamiento estableciendo la cantidad mensual de 30.000 ptas. con sus correspondientes actualizaciones. El recurrente entiende que este pronunciamiento es más gravoso que la sentencia recurrida y que por tanto lesiona el principio prohibitivo de la *reformatio in peius* y para justificarlo señala que sus ingresos de albañil no deben ir más allá de las cien mil pesetas mensuales y por tanto las treinta mil pesetas son el doble del 15% inicial. El Tribunal Supremo indica que *“el principio de reformatio in peius significa, en definitiva, la prohibición de dictar contra el apelante, siendo único, un pronunciamiento que le sea más perjudicial que el contenido en la sentencia apelada, por ello resultan ineludibles la certeza y seguridad de que de la comparación entre los respectivos fallos de las sentencias se desprenda de manera inequívoca una situación agravada en la condena primeramente impuesta, lo cual no acontece aquí, toda vez que no existe prueba alguna practicada acerca de los ingresos correspondientes al demandado actual recurrente, y, en este aspecto, la cuantía mensual de los mismos resultaría determinante para poder comprobar, automáticamente, si con arreglo al porcentaje del 15%, la pensión a satisfacer sería inferior, igual o superior a la señalada en 30.000 ptas., razonamiento el así expuesto que, por sí solo, es bastante en orden a concluir que el fallo de la sentencia recurrida no supuso una reformatio in peius, ni supuso, consecuentemente, violación ninguna del art. 359 LEC y del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva que proclama la Constitución”*.

2.3. *Insuficiencia probatoria de la prueba testifical.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.**

No procede declarar la filiación paterna de un menor en base a unas pruebas testificales que acreditan únicamente una mera relación sentimental de noviazgo sin precisar la fecha en la que pudo tener lugar la misma. La negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas no es una ficta confessio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Josefa R. promueve demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Florencio C., sobre reconocimiento de paternidad extramatrimonial.
- Con fecha 9 de diciembre de 1992, el Juzgado de Instancia dicta sentencia estimando la demanda. El demandado se negó a la práctica de la prueba biológica.
- Con fecha 15 de junio de 1993 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Santander en la que, revocando la dictada en la instancia, se desestimaba la demanda.
- La actora promueve el recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como pone de manifiesto la STS de 20 de julio de 1990, entre otras, “*el sistema jurídico que rige actualmente en nuestro país después de la L. 11/1981 concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas:*

a) *Pruebas directas, entre las cuales y como más conocida está el análisis de los grupos sanguíneos, fiable absolutamente*

para descartar la paternidad, y con bastante aproximación para acreditarla.

b) *Pruebas indirectas o presuntivas referidas al consentimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción y a otros hechos de los que se infiera la filiación de un modo análogo, entrando la negativa a dejarse practicar la prueba biológica en el grupo de las meramente presuntivas”.*

Si el demandado impide la práctica de la prueba directa, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la negativa a someterse a la prueba biológica, no es una *fic-ta confessio* de quien rehusa someterse a la misma, sino una importante presunción de la maternidad o paternidad, que solamente se atribuirán judicialmente cuando, junto a ella, haya una prueba bastante que, apoyando la presunción, demuestre la existencia de relaciones, en el momento de la concepción, de las partes en el litigio. Así pues, dicha negativa sólo tiene un valor indiciario por lo que para darle valor definitivo a efectos de reconocimiento de filiación necesita estar unido a otras pruebas que conduzcan directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad que se reclama.

En el caso que nos ocupa las pruebas practicadas en autos, sustancialmente contraídas a la testifical, y de ésta las manifestaciones prestadas por los testigos don José A. y don Román E., cuñados respectivamente de la actora y demandado, únicamente demuestran la existencia de una mera rela-

ción sentimental de noviazgo entre doña Josefa R. y don Florencio C., sin que pueda precisarse exactamente la fecha en que pudo haber tenido lugar, pero desde luego en modo alguno acreditan el sostenimiento de relaciones íntimas entre ellos al tiempo de la concepción del menor afectado por la filiación reclamada, las que además han de descartarse a la luz del testimonio prestado por los propios testigos de la actora doña Josefa S., doña Leonila C. y don Fernando S., todos los cuales coinciden en afirmar que desconocen quién sea el padre de los hijos de la actora, y si es el mismo el de ambos, llegando incluso la primera a manifestar al contestar al extremo b) de la pregunta quinta que «cuando tuvo los hijos se hacían malos comentarios de ella, sobre todo preguntándose de quién serían», lo cual resulta claramente incompatible con las relaciones de casi convivencia que se presentan por la actora pues difícilmente hubieran podido pasar éstas desapercibidas en una localidad de pocos habitantes y más si como fruto de ellas se hubiera producido el nacimiento de un hijo.

2.4. Falta de intervención del Ministerio Fiscal. Valoración de la prueba testifical.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 12 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

La falta de intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento es un defecto subsanable y la subsanación se produce precisamente en casación en cuyo curso tiene lugar su audiencia, sin que la ausencia anterior hubiera producido (en el presente caso) indefensión alguna a las partes contendientes. Como indican igualmente las SS. de 3 de marzo de 1988; 21 de diciembre de 1989 y 6 de febrero de 1991, el Ministerio Fiscal tiene la misión de informante, dictaminador y garante del proceso, pero sin condición de verdadera parte procesal.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Gloria María formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Juan Francisco, ejercitando la acción personal de reclamación de paternidad no matrimonial, para que se declare que la actora es hija del demandado. D. Juan Francisco se opuso a la demanda.
- Con fecha 1 de marzo de 1993, el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de León, dictó sentencia estimando íntegramente la demanda y declarando que D. Juan Francisco es el padre de D.^a Gloria María, acordándose de oficio la correspondiente rectificación en el Registro Civil.
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de León, con fecha 30 de noviembre de 1993, dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia.
- D. Juan recurre en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Declarada la paternidad del demandado, éste recurre en casación alegando la falta de intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento, lo que entiende que supone un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. La desestimación de este motivo fue pedida por el propio Ministerio Fiscal, dado que el demandado no opuso la excepción dilatoria de referencia al contestar la demanda y la primera vez que observa la indebida ausencia del Ministerio Fiscal es en el recurso de apelación, y lo que es más importante “*estamos ante un defecto subsanable y la subsanación se produce precisamente en casación en cuyo curso se tiene lugar la audiencia del Ministerio Fiscal, sin que la ausencia anterior hubiera producido (en el presente caso) indefensión alguna a las partes contendientes (art. 1692.3.º LEC)*”. En este sentido señala

el Tribunal Supremo que “*se convalidan las actuaciones por su citación en casación e intervención sin protesta, aunque sea con retraso (ver en supuestos similares SS. de 2 de enero de 1991 y 9 de julio de 1992), al no integrar causa de nulidad de actuaciones, como se comprueba con la lectura de los arts. 238 a 243 de la propia LOPJ, de manera que, al no existir indefensión, ha de cumplirse el principio constitucional de evitar en el proceso dilaciones indebidas (ver también, para procedimiento igual al que nos ocupa, las SS. de 3 de febrero de 1988; 21 de diciembre de 1989 y 6 de febrero de 1991, que atribuyen al Ministerio Fiscal la misión de informante, dictaminador y garante del proceso, pero sin condición de verdadera parte procesal, sentencias que cita el propio recurrente y que propugnan la subsanación del defecto)*”.

La sentencia que declara la paternidad, en ausencia de la práctica de la prueba biológica, se basa en la prueba testifical, “*obteniendo la conclusión de que el nacimiento de la actora tuvo lugar como consecuencia de las relaciones íntimas que en la época de noviazgo mantuvieron el demandado y su madre, Dña. María Begoña, pues el demandado reconoce que fue a vivir a León en 1965, no niega le comunicase el embarazo, ni explica o da razón del por qué se le imputó la paternidad, constando, por el contrario: que hubo conversaciones entre los padres de uno y otro, con mediación del clérigo que bautizó a la recién nacida, en búsqueda de acuerdo para que se celebrase el matrimonio; que los padres de Begoña se desplazaron, al efecto, al pueblo donde residían los del demandado, quien llegó a manifestar al abuelo de la demandante “que había hecho el amor con Begoña tantas veces como había querido”; que la madre de la demandante sólo salía con el demandado y no con otros hombres; que hubo un momento en que el demandado accedía a contraer matrimonio, tiempo en el que visitó algún piso como posible residencia futura, aunque luego desistiese y cortase las relaciones. También hay que añadir la inexistencia de tacha legal o causa para la misma en algunos testigos, que tampoco impediría dar validez al testimonio; el valor probatorio de lo manifestado por los ascendientes, dada la materia del litigio. (art. 1247 C.C.); y que al inscribir el nacimiento de la demandante se hizo figurar como supuesto nombre del pa-*

dre (art. 191 del Regl. del Registro Civil) el que ostenta el demandado”.

A pesar del resultado de las pruebas testificales, el recurrente sostiene que es impropio basarse en declaraciones testimoniales sobre hechos acaecidos hace veinticinco años, máxime concurriendo parentesco o relaciones de familia, despreciando el único dato objetivo que demuestra la imposibilidad de dicha paternidad, cual es haber nacido la niña prematuramente, ser sietemesina, y sostenerse en la demanda que “*hacia las fiestas de San Juan, que tienen lugar en León el 24 de junio, la madre de la reclamante tuvo la impresión de embarazo y se lo comunicó al demandado, habiendo nacido la hija el 18 de febrero de 1967, dándose la circunstancia de ser sietemesina*”, por lo que retrotrayendo siete meses desde el 18 de febrero de 1967, la fecha que se alcanzaría como origen de la concepción llegaría como máximo al 18 de julio del año precedente, fecha muy distante del 24 de junio, por todo lo cual quiebra la convivencia con la madre de la solicitante en la época de la concepción. Sin embargo el Tribunal Supremo no comparte esta tesis: “*porque, como razonó el Juzgado y fue admitido por la Audiencia, las fiestas de San Juan duran en León desde el 24 hasta el 29 de junio y bien podía haberse presupuesto el embarazo, por retraso de la menstruación, el día 28 ó 29, de manera que apenas transcurrieron ocho meses, utilizándose la expresión “sietemesino” a partos prematuros y no, necesariamente, a los que se produzcan a los siete meses exactos desde la concepción*”.

2.5. Prueba biológica practicada para mejor proveer.

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 26 de septiembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.**

La prueba biológica practicada con carácter de diligencia para mejor proveer por el Instituto Nacional de Toxicología no está sujeta a las normas procesales de la pericial ordinaria, y por tanto no es necesaria su ratificación judicial.

La prueba biológica, que autoriza el art. 39.2 CE y 127 CC, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad.

ANALISIS DEL CASO

- D. Francisco formuló demanda de menor cuantía contra D.^a Esther Engracia solicitando el reconocimiento de su paternidad respecto del menor Abraham, el ejercicio conjunto de la patria potestad y la fijación de un régimen de visitas.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 4 de abril de 1990 declarando la paternidad del actor, atribuyendo la guarda y custodia a la madre, fijando un régimen de visitas a favor del padre y remitiendo a la ejecución de sentencia para la fijación de la pensión alimenticia.
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 1993 desestimando el recurso interpuesto por la demandada.
- D.^a Esther Engracia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos alegados por la recurrente en casación están dirigidos a atacar la prueba biológica práctica en autos y que determinó la declaración de paternidad del actor.

1. Falta de ratificación de los profesionales que realizaron la prueba pericial.

Propuesta por el demandante en 1.^ª instancia la prueba biológica para la determinación de la paternidad reclamada, fue admitida y acordada su práctica por auto de 3 de julio de 1989; no habiéndose podido practicar esta prueba en el término probatorio, por auto de 13 de diciembre de 1989 se acordó su práctica para mejor proveer, sin que la misma pudiese ser practicada por causas no imputables al órgano judicial ni a la parte actora. Por Providencia de 20 de diciembre de 1990, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria acordó “con suspensión del término para dictar sentencia y para mejor proveer, la práctica de la prueba médica de investigación de la paternidad acordada por el Juez de 1.^ª instancia que se llevará a efecto por el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla previo examen de D. Francisco, D.^ª Esther Engracia y el menor Abraham”. Remitido por el Instituto Nacional de Toxicología el correspondiente informe, el Tribunal de apelación dictó providencia de 9 de marzo de 1993 del siguiente tenor: “Por recibido el anterior informe, únase al rollo de su razón y dese traslado del mismo a las partes por si tuvieran alguna alegación que hacer y tramitado el presente rollo, se señala para la vista del recurso el día 6 de septiembre de 1993, a las 10,00 horas”.

La recurrente entiende que se ha infringido el art. 627 de la LEC en cuanto que no consta la ratificación de los profesionales que realizaron la prueba pericial médica. El Tribunal Supremo desestima el motivo, aparte de por una cuestión de técnica casacional, porque “no aparece cumplido por la

parte recurrente el requisito prevenido en el art. 1693 de la Ley Procesal ya que puesto de manifiesto a las partes el informe del Instituto Nacional de Toxicología, la ahora recurrente no formuló reclamación alguna en el sentido que ahora lo hace ni en el tiempo que medió entre la puesta de manifiesto y el acto de la vista, ni en este acto, según pone de relieve el examen directo por esta Sala del rollo de apelación. Finalmente, comprendido el citado informe entre aquellos a que se refiere el art. 631 LEC, la Sala a quo cumplió lo ordenado en el párrafo 2.^º de ese precepto así como con lo previsto en el art. 342 del mismo texto legal, sin que sean aplicables a estos informes las normas procesales de la pericial ordinaria, entre ellos el de la ratificación judicial”.

2. Valoración del resultado de la prueba pericial.

Entiende la recurrente que conforme indica el art. 632 de la LEC “Los jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos” y por tanto, en el presente caso, a pesar de haberse practicado la prueba pericial biológica debió dictarse sentencia desestimatoria de acuerdo con el resultado del resto de las pruebas practicadas. El Tribunal Supremo señala en este sentido: “Respecto a la denunciada vulneración del art. 632 LEC, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala de que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia, a cuyo criterio debe estarse, ya que sujeto su proceso de valoración a las reglas de la sana crítica y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio valorativo no puede ser sometido a revisión casacional, salvo que el mismo llegue a un resultado totalmente ilógico e irracional. Dice la S. de 20 de mayo de 1991 que “la probanza biológica de la paternidad, que autoriza el

art. 39.2 CE y 127 CC, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad, sobre todo, cuando sucede, como en la presente controversia, que dicho informe pericial ha sido emitido por un órgano técnico oficial, dotado de medios y eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del M.^o de Justicia —art. de 5.^o 4 del R.D. de 11 de enero de 1991, por el que se determina la estructura orgánica del M.^o de Justicia, y art. 505 LOPJ—. Habiendo

arrojado el informe pericial practicado un índice de probabilidad a favor de la paternidad del demandante del 99,23% y valorada dicha prueba por el Tribunal a quo en unión de las restantes aportadas a los autos, no cabe afirmar que la valoración por la Sala de instancia de esa prueba sea ilógica o arbitraria, pues como dice la S. de 7 de febrero de 1996 “que otros dictámenes biológicos tengan mayor porcentaje de probabilidad, no empece para dar valor al de autos que supera el 90%, en conexión con los restantes datos de autos”.

2.6. *Investigación de paternidad. Práctica de la prueba biológica por un solo perito. Interés indirecto del testigo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 28 de octubre de 1997.

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

Si el demandado solicita la práctica de la prueba biológica por tres peritos es facultad del juzgador de instancia determinar, sin ulterior recurso, el número de peritos, para lo que tendrá en consideración la importancia del reconocimiento y la cuantía del pleito.

La circunstancia de que un testigo tenga relación de amistad con una de las partes no supone interés directo en el resultado del pleito sino, en su caso, indirecto y por tanto no está comprendido en el art. 1247.1.^o del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Dolores promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad contra don Francisco respecto de su hija Vanessa.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Córdoba dictó sentencia en fecha 19 de noviembre de 1992, estimando la demanda y declarando la paternidad de D. Francisco, acordando de oficio el cambio de apellidos.

- La Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba en grado de apelación, dictó sentencia con fecha 28 de octubre de 1993, desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- D. Francisco recurre en casación, siendo desestimado dicho recurso por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Declarada la paternidad del demandado sin que haya tenido lugar la práctica de la prueba biológica, el recurrente intenta obtener un pronunciamiento favorable a su tesis en casación, por medio de tres vías.

1. Indefensión por la no admisión de la prueba biológica por tres peritos.

La primera cuestión que plantea el recurrente es de carácter procesal y está referida a la indefensión que le ha producido la no admisión de la práctica de la prueba biológica por tres peritos, conforme permite el art. 613 de la LEC. El Tribunal Supremo desestima el motivo y señala al respecto que “*según el tenor del precepto indicado como infringido, a falta de consenso sobre el número de peritos, no estaba obligado el Juzgador al nombramiento de tres, ya que la norma dispone que en tal supuesto resolverá, sin ulterior recurso, lo que crea conveniente, teniendo en consideración la importancia del reconocimiento y la cuantía del pleito, con lo que deja a su criterio tal determinación, aparte de que no ha sido la recurrente, sino la otra parte, quien había solicitado la pericial en 1.^a instancia, y no fue practicada por la actitud obstruccionista de aquella, que, inclusive, no acudió al hospital en el día fijado para su efectividad. Por último, corresponde indicar además que el art. 631 de la Ley Rituaria dispone que, a instancia de cualquiera de las partes, el Juez podrá pedir informe a la Academia, Colegio o Corporación oficial que corres-*

ponda cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales, cuyo precepto es aquí de aplicación y ocasiona la repulsa tajante del motivo”.

2. Valoración de la prueba testifical e inhabilidad de un testigo.

Entiende el recurrente que se debería haber declarado la inhabilidad legal para ser testigo de D.^a Elisa, puesto que manifestó su relación de amistad con la actora y por tanto su testimonio no ha sido imparcial. El Tribunal Supremo desestima dicho motivo, “*porque, de un lado, la amistad de un testigo con la actora no supone interés directo en el resultado del pleito, sino, en su caso, indirecto, de manera que el supuesto del referido art. 1247.1 no es aquí de aplicación, y de otro, la conclusión fáctica del Juzgador de instancia, que se ajusta escrupulosamente a las reglas de la sana crítica, deriva del bagaje demostrativo existente, del que forma parte la negativa del sometimiento por D. Francisco a la prueba biológica. Esta Sala ha declarado, aparte de otras, en SS. de 1 de julio de 1989 y 8 de noviembre de 1989, la no impugnabilidad casacional directa de la prueba testifical, pues ni el art. 1248 CC, ni el art. 659 LEC, contienen pautas de valoración probatoria, aparte de que las reglas de la sana crítica, por no constar en normas establecidas, tampoco pueden citarse como infringidas, teniendo el Juzgador de instancia facultades amplísimas para apreciar el valor de esta clase de prueba”.*

3. Declaración de la paternidad en base a meros indicios.

Manifiesta el recurrente que la sentencia de apelación concluye que el demandado es el padre de la niña, cuya filiación se reclama, en base a meros indicios, los cuales, por sí solos, no tienen consistencia para dicha deducción. El Tribunal Supremo vuelve a desestimar el motivo “*porque no se han desvirtuado en el recurso los hechos básicos, entre ellos la negativa del demandado a*

la prueba biológica en el contexto de un conjunto de datos reveladores, ni la decisión del Tribunal de instancia de derivar de los mismos la paternidad biológica, amén de que entre aquéllos y el hecho deducido existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, sin que, por otra parte, la presunción formada por el Tribunal de instancia se funde en razonamientos absurdos, ilógicos o inverosímiles, los cuales podrían ocasionar una respuesta casacional positiva”.

2.7. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al hijo menor. Valoración de la falta de posesión de estado.

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.**

No es necesario dirigir la demanda de reclamación de paternidad contra el menor, puesto que el mismo está representado en el procedimiento por su madre y sus intereses son tutelados por el Ministerio Fiscal.

La actuación del presunto padre biológico debe estar avalada por el principio de verdad biológica o por el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica, y de la prueba indirecta no se deriva claramente la existencia de una relación paterno-filial de posesión de estado que permita declarar dicha paternidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Joaquín A.G. promovió demanda de menor cuantía sobre reclamación de filiación no matrimonial contra doña María Almudena P.F., siendo parte el Ministerio Fiscal.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Astorga dictó sentencia, el 20 de enero de 1993, estimando la demanda y declarando que la menor Alicia (que, en adelante se apellidará A.P.) es hija no matrimonial del actor.
- Apelada la anterior resolución, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León, en sentencia de 28 de octubre de 1993, desestimó el recurso.
- La demandada interpuso recurso de casación. El TS da lugar al recurso, casa y anula la sentencia impugnada y desestimando la demanda declara no haber lugar a la reclamación de filiación no matrimonial ejercitada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres cuestiones deben ser analizadas en relación con los motivos de casación alegados por la recurrente:

1. Falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al menor cuya paternidad se pretende.

Sostiene la recurrente que en la sentencia se ha infringido la teoría del litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, no lo entiende así el Tribunal Supremo: “Efectivamente la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación esencialmente jurisprudencial ha sido definida en numerosísimas sentencias de esta Sala, como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio (por todas la Sentencia de 23 de febrero de 1988, epítome de otras muchas anteriores); y sobre todo para evitar la indefensión judicial proscrita en el ar-

tículo 24.1 de la Constitución Española. Pues bien en la presente contienda judicial nadie va a resultar afectado por la resolución que definitivamente la resuelva, que no haya sido parte en la misma y que no haya podido esgrimir todas las armas que el proceso en la normativa española pone a su disposición. Se dice lo anterior, con base a que, aunque la menor cuya paternidad se pretende no ha sido demandada, la misma ha estado representada en el proceso por su madre y sus intereses han sido tutelados, como no podía ser eludido, por el Ministerio Fiscal”.

2. Falta de legitimación activa del pretendido padre.

Entiende la recurrente que se ha infringido el art. 131 del CC y la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto del debate (SS. de 11 de julio de 1991 y 30 de abril de 1992). Sin embargo, el Tribunal Supremo señala al respecto que “la aparente antinomia entre los artículos 131 y 133.1 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 del primero (SS. de 19 de enero y 23 de febrero de 1990). Aunque se otorgue a dicho artículo 133.1 el carácter de excepcionalidad, para que el progenitor no matrimonial pueda acogerse al parámetro que marca dicho precepto, no es preciso, por lo tanto, para que se le pueda estimar como legitimado procesalmente, que su actuación deba estar avalada por el principio de verdad biológica o por el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica”.

3. No acreditación de la paternidad.

Para obtener una declaración de paternidad no solamente es precisa la legitimación procesal en ese sentido, sino que la referida pretensión ha de estar avalada por el principio de la verdad biológica o por la posesión de estado paterno-filial (S. de 24 de junio de 1996). Descartada en este caso la prueba biológica por negativa de la madre, no puede estimarse tal negativa como una ficta confessio, y aunque la misma pueda catalogarse, en la mayoría de los casos, como una conducta antisocial, por llevar ínsita una negativa a prestar la colaboración necesaria a la Administración de Justicia que sirve para contribuir al esclarecimiento de la realidad de la paternidad reclamada, dicha conducta per se no se podrá estimar como presunción iuris et de iure de la paternidad pretendida. Asimismo es cierto y hay

que partir de ello como presupuesto, que la posesión de estado es una questio facti reservada al Tribunal a quo (SS. de 23 de marzo de 1919, 28 de noviembre de 1941, 13 de marzo y 7 de diciembre de 1988 y 14 de noviembre de 1992 entre otras), sin embargo aunque sean un hecho las relaciones paterno-filiales, el trato que haya tenido el padre y las circunstancias del status en que dichas relaciones se hayan desenvuelto, implica, en cambio una cualidad jurídica sobre la condición o cualidad de hijo, por lo que la interpretación del alcance de dichos hechos, que hay que estimar como incontrovertidos, tiene un alcance netamente jurídico y que debe ser valorado, para su aceptación o no, por esta Sala.

Y en este sentido hay que declarar paladinamente que el dato, núcleo de una prueba indirecta necesaria, derivado de la existencia de: a) una correspondencia por cartas en las que por cierto no se habla de embarazo alguno, b) de una reunión fracasada la celebración de una boda; y c) de los comentarios en el pueblo sobre la paternidad de la parte recurrida—hechos ciertos y que no se cuestionan ni se pueden cuestionar en la presente resolución—, no son constitutivos de una situación paterno-filial de posesión de estado. Y ello porque de dichos hechos no se deriva claramente la existencia de una relación paterno-filial, y porque, desde luego, no ha existido el más mínimo rasgo de afecto e interés paternal en la parte recurrida desde el instante mismo en que acaeció o se supo de la concepción del hijo cuya paternidad reclama.

3. IMPUGNACION DE PATERNIDAD

3.1. *Impugnación de paternidad posterior a su reconocimiento ante el Registro Civil.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 31 de octubre de 1997.

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

Habiéndose acreditado la no existencia de relaciones sexuales en época hábil para la procreación del menor posteriormente reconocido, ha de afirmarse la inexistencia de una relación de paternidad biológica entre el padre y el menor, lo que determina la nulidad de reconocimiento hecho en el expediente gubernativo instruido por el Registro Civil por su falta de exactitud.

ANALISIS DEL CASO

- D. Juan Francisco formuló demanda de menor cuantía, contra D.^a María Fernanda, así como contra Iván Christian (menor de edad), sobre impugnación de reconocimiento de filiación, en la que solicitaba se dejase sin efecto el reconocimiento en su día efectuado con todos los pronunciamientos inherentes a tal resolución.
- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda solicitando al Juzgado “tenga por contestada la demanda y dicte sentencia desestimándola por caducidad de la acción, a tenor de lo establecido en el artículo 140 del Código Civil, al haber transcurrido con exceso el plazo legal para que el demandado ejercitara su derecho”, no compareciendo los demás demandados fueron declarados en rebeldía.
- Con fecha 26 de marzo de 1991 se dictó sentencia por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Valencia, desestimando íntegramente la demanda presentada por caducidad de la acción por transcurso de plazo de cuatro años que concede el artículo 140 del Código Civil.
- Con fecha 28 de julio de 1993, la sección sexta de la AP de Valencia, en grado de apelación dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto, si bien entiende que la acción ejercitada en la demanda es la de impugnación del reconocimiento por error en el consentimiento al amparo del artículo 141 del Código Civil y confirma la sentencia de primera instancia aunque por fundamentos jurídicos distintos a los de ésta.
- D. Juan Francisco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el actor en su demanda que cuando, aproximadamente en el mes de noviembre de 1984, conoció a la demandada doña María Fernanda, ésta tenía un hijo de cuatro meses llamado Iván Christian; ante la decisión del actor y de doña María Fernanda de contraer matrimonio, aquél reconoció al menor en el expediente de inscripción fuera de plazo instruido en el Registro Civil de Valencia, practicándose la inscripción del menor el 13 de febrero de 1986; rota la relación entre aquéllos, en octubre de 1987 el niño quedó bajo la guarda y custodia de sus abuelos maternos. Por tanto, entiende el recurrente que la acción ejercitada es la de impugnación de una filiación no matrimonial y no una acción de impugnación del acto de reconocimiento, por vicio en el consentimiento como dice la Audiencia Provincial.

Ciertamente, y como señala el Tribunal Supremo, el tema suscitado es una cuestión de incongruencia de la sentencia desestimatoria de la acción, al haberse resuelto por el Juzgador *a quo* una cuestión distinta de la planteada teniendo por ejercitada una acción que no lo fue. Por ello, *“el motivo ha de ser acogido al haberse aplicado indebidamente el artículo 141 del Código Civil y dejado de aplicarse el artículo 140 del mismo cuerpo legal. No obstante la parquedad expositiva de la demanda y la cita de los dos indicados artículos en sus fundamentos de derecho IV y V, de su relato histórico se pone de manifiesto que en aquélla se ejercita una acción de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada en virtud de reconocimiento del actor impugnante atacando la veracidad biológica de la filiación por no ser el reconocido hijo del reconocedor, de donde el precepto legal aplicable al caso, para estimar o desestimar la acción de impugnación, es el artículo 140 y no el 141, ambos del Código Civil, referido este último a la impugnación del acto del reconocimiento por concurrir en él vicio del*

consentimiento pero sin que tal impugnación afecte a la exactitud o inexactitud de la veracidad biológica de la paternidad reconocida.

Dedicada la fundamentación jurídica de la sentencia combatida a examinar si en el caso se dan o no los requisitos definidores de la acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, de acuerdo con el artículo 141 citado, es claro que se ha aplicado indebidamente dicho precepto legal y dejado de aplicar el artículo 140 que es el adecuado para resolver, en sentido afirmativo o negativo, la cuestión litigiosa como entendió el Magistrado-Juez de Primera Instancia al apreciar la caducidad de la acción por transcurso del plazo de cuatro años del artículo 140, párrafo segundo”.

Habiéndose estimado el motivo, procede casar la sentencia y resolver la cuestión litigiosa de acuerdo con los términos en que ha quedado planteado el debate *“Si bien el material probatorio aportado a los autos, consistentes en prueba testifical de un solo testigo y confesión de la madre demandada, es escaso, el mismo no deja lugar a dudas que cuando el actor don Juan Francisco conoció a doña María Fernanda e inició con ella una relación sentimental, ésta ya era madre del niño Iván Christian, nacido unos meses antes del comienzo de esa relación, por lo que no habiendo existido entre el demandante y la madre relaciones sexuales en época hábil para la procreación del menor posteriormente reconocido, ha de afirmarse la inexistencia de una relación de paternidad biológica entre don Juan Francisco y el menor Iván Christian, lo que determina la nulidad de reconocimiento hecho en el expediente gubernativo instruido por el Registro Civil de Valencia por su falta de exactitud, procediendo, en consecuencia, la rectificación de la inscripción registral de nacimiento del menor”.*

III. REGIMENES ECONOMICOS MATRIMONIALES

1. DISPOSICION DE BIENES

1.1. *Nulidad de la enajenación de un inmueble efectuada por el marido sin el consentimiento de la esposa.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de julio de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Procede declarar la nulidad de la dación en pago de un inmueble ganancial efectuada por el marido a favor de un tercero por faltar el consentimiento necesario de la esposa. La circunstancia de que en la liquidación de la sociedad de gananciales no se incluya un bien no supone la destrucción de la presunción de gananciales ni un hecho vinculante, procediendo posteriormente el complemento o adición de dicha partición.

ANALISIS DEL CASO

- D. Luis R.C., con fecha 20 de diciembre de 1969 y constante el matrimonio, compró en documento privado un chalet a la entidad C., SA, que a su vez la había comprado a la entidad V.M., SA.
- Con fecha 4 de marzo de 1974, D. Luis R.C. en estado de casado, con conocimiento de la empresa vendedora C., SA efectuó cesión del chalet en pago de deudas a la entidad V.M., SA.
- Los esposos D. Luis R.C. y D.^a Gloria O.R., con fecha 1 de octubre de 1979, otorgaron capitulaciones matrimoniales, sustituyendo el régimen de gananciales por el de separación de bienes. En la liquidación de la sociedad de gananciales no se hace mención en ningún momento al chalet litigioso.
- El 11 de abril de 1983, las entidades V.M., SA y C., SA elevaron a escritura pública la venta efectuada en documento privado.
- Doña Gloria O.R. formuló demanda, en juicio declarativo sobre nulidad de compra-venta, contra V.M., SA, don Luis R.R. y C., SA. El Juzgado de Primera instancia núm. 6 de Madrid dictó Sentencia el 27 de junio de 1990 estimando la demanda.

- En grado de apelación, la sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 14 de julio de 1993 absolviendo a los demandados.
- D.^a Gloria O. interpone recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo que casa y anula la sentencia recurrida y confirma, en su lugar, la dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que han sido objeto de análisis en el recurso, en primer lugar la determinación del carácter ganancial o privativo del inmueble litigioso y en segundo lugar la declaración de nulidad del negocio jurídico efectuado por el esposo sin el consentimiento de la esposa.

1. Determinación del carácter ganancial del inmueble.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial negó el carácter ganancial del inmueble en base a que el mismo no se incluyó en las operaciones liquidatorias de la sociedad “porque ya no formaba parte de dicha comunidad patrimonial, al haber sido vendido o entregado en pago de deudas a un tercero”. El Tribunal Supremo entiende que *“en esta sentencia se emite no una propia declaración enjuiciadora, sino más bien una simple opinión, no corroborada probatoriamente. El hecho de que el documento público de 1 de octubre de 1979 no contenga referencia alguna al chalet, no acredita que se hubiera adjudicado al esposo, para así confirmar la disposición que efectuó del mismo, y a su vez que se hubiera operado su transmisión a tercero en forma concordada a la Ley. Su exclusión voluntaria o involuntaria está justificada, ya que no se practicó liquidación y adjudicación alguna, por lo que le asiste condición de bien ganancial hasta la fecha de otorgamiento del documento y a partir de entonces, conforme a la previsión que contiene la cláusula sexta, de referencia general a los restantes bienes (tanto existentes como los futuros), el chalet*

se integra en la propiedad común, indivisa y a partes iguales de los esposos, ya que no se puede admitir que quepa aplicarle el régimen de gananciales, cuando se pactó el absoluto de separación de bienes, que no excluye la comunidad que previene el artículo 392 y siguientes del Código Civil.

En casos de no inclusión de bienes gananciales en las operaciones liquidatorias de los mismos, ha declarado esta Sala, que carece tal circunstancia de intensidad jurídica suficiente para destruir la presunción de ganancialidad establecida, ya que ni siquiera constituye acto propio vinculante, pues procede en todo caso su complemento o adición (Sentencias de 20 de noviembre de 1993, 25 de septiembre de 1995 y 10 de marzo de 1997)”.

Por tanto, al haberse adquirido el inmueble constante el matrimonio y no haberse destruido la presunción de ganancialidad establecida en el art. 1361 del CC —se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer—, el chalet tiene carácter ganancial.

2. Validez y eficacia de la cesión del inmueble efectuada por el esposo sin el consentimiento de la esposa.

Perteneciendo por tanto el chalet a la sociedad de gananciales, el paso siguiente será analizar la cesión que del mismo hizo el esposo en pago de deudas sin el consentimiento de la esposa. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que *“la falta de intervención y consentimiento acreditado de la esposa recurrente en dicho acto oneroso y*

traslativo dominical le priva de toda eficacia, en cuanto resulta anulable a instancia de la mujer, en conformidad al artículo 1413 del Código Civil (con el que ha de relacionarse el 1301), vigente al tiempo de los hechos y cuya infracción se denuncia en el motivo segundo, conjuntamente con el 1462.2 y 6.4 de dicho cuerpo de leyes.

La contravención legal se presenta clara y notoria por el conocimiento que resulta, tanto por V.M., SA, como por C., SA, de la trascendencia de la disposición que refleja el documento de 4 de marzo de 1974, al constar que don Luis R.R. había adquirido el chalet, y con ello también vino a cederlo, en estado de casado, prescindiendo de la necesaria intervención y consentimiento de la recurrente y sin perjuicio de la recompra

difusa y poco determinada que efectuó del inmueble a V.M., SA, en igual fecha que la de su cesión, es decir el 4 de marzo de 1974, ya que en todo caso se mantendría la presunción de ganancial respecto a dicho bien inmueble”.

En conclusión, en la sociedad de gananciales no hay cuotas, y cuando se lleva a cabo la enajenación de los bienes de la misma, contraviniendo los intereses legítimos de uno de los cónyuges, a éste le asiste acción para impugnar la validez del acto, que autoriza el artículo 1301 del Código Civil desde el momento de la disolución de la sociedad ganancial, como aquí sucede, toda vez que el esposo ocultó a la recurrente el contrato de cesión a V.M., SA de 4 de marzo de 1974, por lo que procede la nulidad de la compraventa efectuada entre las sociedades.

1.2. *Venta por un cónyuge de una finca propiedad exclusiva del otro cónyuge sin mandato del mismo.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.**

Procede declarar la nulidad de la compraventa realizada por un cónyuge respecto a una finca de la exclusiva propiedad del otro cónyuge al no contar el mismo con el correspondiente mandato, que en estos supuestos debe ser especial y expreso.

ANALISIS DEL CASO

- D. José S.B. vendió una finca de exclusiva propiedad de su esposa D.^a M.^a Angeles T. en documento privado a D. José P.S.
- Con posterioridad D.^a M.^a Angeles T. vendió en escritura pública la finca anterior a D. José María S.V. y D.^a María Angeles C.S., inscribiéndose dicha finca en el Registro de la Propiedad.

- D. José P.S. interpone demanda de menor cuantía contra la propietaria de la finca y su esposo y contra los cónyuges que adquirieron la finca con posterioridad, solicitando que se condene a D.^ª M.^ª Angeles T. —propietaria de la finca— a otorgar escritura pública de compraventa a su favor, según los pactos y condiciones convenidos en el contrato privado.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 2 de Berga dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 1991 desestimando íntegramente la demanda.
- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimotercera, dictó sentencia con fecha 29 de junio de 1993, estimando el recurso de apelación, y condenando a D.^ª M.^ª Angeles T. a otorgar escritura pública de compraventa a su favor según los pactos y condiciones convenidos en el contrato privado.
- D. José María S.V. y D.^ª María Angeles C.S. (adquirentes de la finca en documento público) interpusieron recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo, casando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando la dictada por el Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del asunto debatido se reduce a establecer si el codemandado, D. José S.B., tenía conforme al art. 1713 párrafo 2.^º del CC, mandato expreso que le facultará para vender al actor, la finca en cuestión, propiedad de su esposa, también demandada, o carecía del mismo, en cuyo caso, el supuesto contrato, recogido en documento privado, cuya validez reclama este último, sería nulo.

Las sentencias dictadas por el Juzgado de 1.^ª Instancia de Berga y por la Audiencia de Barcelona, discrepan en cuanto a la calificación jurídica, en la primera el juzgador entiende que no existe ningún tipo de mandato de la propietaria de la finca a favor de su esposo para su venta. En cambio, la Audiencia Provincial, apoyándose en la distinción entre “mandato” y “representación” entiende que ha habido un “mandato presunto” que vincula a la propietaria de la finca y, por ello, otorga validez a la venta.

Establece el art. 1713 del CC que “El mandato concedido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso do-

minio, se necesita mandato expreso”. No cabe duda, como señala el Tribunal Supremo que *“al hallarse incluida, nominalmente, la enajenación, en la enumeración de los actos de ‘riguroso dominio’ a que se refiere el párrafo 2.^º del artículo mencionado, la necesidad del mandato expreso, resulta patente, por lo que, la jurisprudencia, en conjunto y, en casos semejantes, como resalta la doctrina, trata de impedir la generalización o la indeterminación con que suelen aparecer conferidos gran número de mandatos y poderes de manera que, sólo bajo el supuesto de una amplia y expresa contemplación de los actos autorizados es posible una seria interpretación acerca del alcance de tal o cual actuación, y su eficacia”*.

Es cierto, que pueden surgir ciertas dudas entre lo establecido en el art. 1710 del CC en cuanto a que el mandato puede ser expreso o tácito con lo señalado en el artículo 1713 del CC antes mencionado, sin embargo, el Tribunal Supremo ha aclarado perfectamente la cuestión en diversas sentencias (STS de 30 de abril de 1992, entre otras) señalando que *“ambos preceptos no son incompatibles en-*

tre sí, puesto que el art. 1710 se refiere a la forma de expresarse el mandato, es decir, de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante, en cuanto puede ser expreso o tácito y el 1713 ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipoteca o llevar a cabo actividades de riguroso dominio, por lo que, sin apartarse del texto legal, la denominación más adecuada y conveniente sea la de mandato especial determinado”.

El mandato, pues, en estos casos no sólo ha de ser especial, sino, además, expreso, requisitos que no excluyen que se confiera de forma oral, lo cual plantea, evidentemente un problema de prueba dadas las dificultades inherentes a la determinación de su alcance y suficiencia. *La sentencia recurrida apoyándose en la teoría del “mandato presunto”, establece “que existió un mandato presunto entre los esposos en virtud del cual el esposo tenía facultad para actuar en nombre de su esposa vinculando a la misma frente a terceros”, a cuyo fin utiliza, como base probatoria de esta conceptualización, las declaraciones que el demandado D. José S. prestó en un proceso penal previo a estas actuaciones (“que era él quien realizaba las ventas en documento privado...” “que habían efectuado otras operaciones con el apelante”), con ambiguas consideraciones sobre apelantes y apelados en la que se confunden las respectivas posiciones con las que parecen sostenerse en la 1.ª instancia. Con estas escasas orientaciones y apreciaciones, sin embargo, no cabe la construcción de unos hechos tipos coherentes que permitan realizar las operaciones de subsunción con el fin de establecer que aparecen probados los datos fácticos que exige la existencia jurídica del mandato especial y expreso exigido.*

La inexistencia del mandato queda acreditado por dos extremos:

a) En el documento privado de compraventa, redactado por el propio actor, o por un

abogado a su instancia (tal como reconoce en diversos momentos) no aparece como vendedor D. José, ni en nombre propio ni en el de su esposa, sino que figura como tal D.ª María Angeles de forma que el mandato ahora alegado no aparece en el documento básico y tampoco en la antefirma de D. José extendida en tal documento, por cuyo motivo, al faltar la firma de D.ª María Angeles, no puede decirse que exista una manifestación de voluntad de vender de esta última ni directa ni indirecta por medio de mandatarario.

b) El documento acompañado por el actor con el núm. 2 a la demanda, redactado por el mismo actor y por medio del cual se pretendía rescindir el contrato de arrendamiento que existía sobre la finca vendida, ya que a pesar de ser de fecha 19 de noviembre de 1984, es decir 9 días posterior a la del contrato de compraventa, D. José P.S., sigue atribuyendo la propiedad de la finca a D.ª María Angeles, y reconoce que falta “la correspondiente escritura de compraventa” entre él mismo y D.ª María Angeles.

Concluye el Supremo afirmando que “Parece claro y evidente que si bien se habían producido unos acuerdos entre D. José P.S. y D. José S.B., dichos acuerdos no tenían otra condición que la de previos o preliminares, quedando pendientes de la ratificación posterior que debía realizar D.ª María Angeles. La actuación de D. José S.B., tal como se desprende de la prueba practicada, era la de quien gestionaba el patrimonio familiar, incluido el de la esposa, pero que no disponía de facultades suficientes para actuar en nombre de su esposa, necesitando el refrendo de la misma en todas las ocasiones, prueba de lo cual es que habiendo comprado el actor a D.ª María Angeles y D. José, con anterioridad al caso aquí analizado, otros terrenos y haber dicho que en algunos había firmado D. José, no ha aportado ninguno de dichos documentos a pesar de que, lógicamente, deben obrar en su poder”.

1.3. *Régimen de separación de bienes. La disposición de un inmueble perteneciente en proindiviso a los cónyuges debe contar con el consentimiento de ambos.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 19 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.**

El contrato de opción celebrado por uno solo de los cónyuges respecto a un bien que pertenece en proindiviso a ambos, como productor de obligaciones es válido, pero el acto final o puesta en vigor del mismo no puede hacerla el sujeto que carece de poder de disposición sobre la misma, por lo que procede que el cónyuge que contrató en su propio nombre indemnice a la otra parte.

La esposa titular de la mitad del bien no tiene que pedir la anulabilidad del contrato, ya que el art. 1322 del Código Civil no es aplicable al régimen de separación de bienes.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 21 de octubre de 1985 don Ramón P.L. (en calidad de arrendador), celebra, en su propio nombre un contrato de opción de compra y de arrendamiento de una determinada finca de uso industrial, con don Carlos G.F. o bien la sociedad mercantil que constituya, que al final resultó ser Plásticos G., SA, a favor de la cual se produjo la cesión de ambos contratos, consentida por don Ramón R.
- El día 24 del mismo mes y año se otorga escritura pública de compraventa de la citada finca a favor de D. Ramón P. y su esposa doña Magdalena R. como compradores —ambos de vecindad civil catalana y casados en régimen de separación de bienes— que se inscribe a nombre de ambos, *pro indiviso*, en el Registro de la Propiedad, asiento de presentación de 20 de noviembre de 1985 y de inscripción de 28 de enero de 1986.
- Cuando la sociedad demandante ejerció su derecho de opción, el codemandado don Ramón P. respondió en el sentido de no poder desarrollarla, por razón de que su esposa, era copropietaria por mitad y *pro indiviso* de la finca y no tenía intención de vender.
- La entidad Plásticos G., SA, interpuso demanda solicitando la puesta en vigor del contrato de compraventa, objeto del precontrato de opción, y subsidiariamente, indemnización. La demanda la dirigió contra los dos esposos.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona dictó sentencia estimatoria, por entender que hubo un consentimiento tácito por parte de la esposa.
- La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección Decimoquinta, de Barcelona, la revocó al no admitir que hubiera poder de representación expreso o tácito de la mujer al marido, ambos codemandados, ni tampoco ratificación por parte de aquélla, expresa o tácita, ni tampoco el esposo actuó *contemplatio domini* sino que lo hizo en todo momento en su propio nombre; por ello, dio lugar a la pretensión subsidiaria y condenó al codemandado don Ramón P. a que indemnizara al actor.
- Contra esta sentencia se ha formulado el presente recurso de casación por la demandante Plásticos G., SA, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema objeto de estudio es el cumplimiento de un contrato de arrendamiento con opción de compra de una finca que pertenecía en proindiviso a ambos cónyuges, que suscribió exclusivamente uno de ellos y que ahora no puede cumplirse por la negativa del otro. Para analizar el supuesto, hay que comenzar precisando que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes, ya que ambos poseían la vecindad civil catalana. Veamos las distintas alegaciones del recurrente.

1. Eficacia y validez del contrato de opción de compra.

A pesar de que el esposo celebró el contrato en su propio nombre, sin representación alguna y sin *contemplatio domini*, entiende el Tribunal Supremo que “*como contrato obligatorio es válido. Ahora bien, el problema surge cuando se pretende ejecutar dicho contrato, puesto que el esposo contratante carecía del poder de disposición sobre la totalidad de la finca, puesto que la mitad pro indiviso no es de su propiedad, sino de su esposa, casados en régimen de separación de bienes, doña Magdalena R. Por tanto, el contrato, como productor de obligaciones —acto inicial del iter contractus de compraventa— es válido, pero el acto*

final o puesta en vigor del precontrato, la disposición de la finca, no puede hacerla el sujeto que carece de poder de disposición sobre la misma”.

2. Nulidad de la compraventa por la que los demandados adquirieron la finca en *pro indiviso*.

Realmente el actor no llega a ejercitar esta pretensión, ya que se limita a alegarlo en el recurso, y por ello el Tribunal Supremo, señala que “*la mención que no alegación ni desde luego pretensión, de nulidad de la compraventa por la que los demandados adquirieron por mitad y pro indiviso la finca, hecha en este motivo de casación, está totalmente fuera de lugar y es inoperante, como cuestión nueva que se plantea insólitamente en casación”.*

3. Anulabilidad del contrato de opción.

Entiende el recurrente que el contrato de opción celebrado por el marido, como tal acto oneroso es anulable según establece el art. 1322 del CC, pero la acción de anulabilidad no se ha ejercitado en ningún momento por la esposa. Señala el citado precepto que “*Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los*

cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos”. Por ello, sostiene el actor que si la esposa no ejercitó la acción de anulabilidad el contrato debe reputarse válido. Sin embargo, la parte recurrente olvida que cita un precepto que no es aplicable al régimen de separación de bienes. En efecto, como señala el Tribunal Supremo: *“El primero de los capítulos del título III del libro IV del Código Civil dedicado al régimen económico matrimonial, con la expresión «disposiciones generales» agrupa un conjunto de normas inconexas, que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, «régimen matrimonial primario», pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El art. 1322 es un claro de casación: este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales y, además, es reiterativo de lo dispuesto con carácter general en el art. 1375 y reitera, para los actos de disposición a título oneroso, lo que dispone el art. 1377 y para los actos de disposición a título gratuito, lo que dispone el art. 1378. No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes, en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro”*.

Por lo cual, este motivo no puede ser estimado, ya que alega infracción de una norma

no aplicable al matrimonio demandado, casado en régimen de separación de bienes, ni es aplicable la doctrina jurisprudencial que cita sobre la anulabilidad de actos dispositivos de bienes de la sociedad conyugal cuando en el presente caso, no la hay.

4. Ratificación tácita del contrato de opción por haberse aprovechado de sus efectos.

Entiende el recurrente que el contrato celebrado a nombre de otro ha de entenderse tácitamente ratificado cuando la persona en cuyo nombre se actúa, sin hacer uso de la acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado. El Tribunal Supremo desestima el motivo, al entender que la esposa en ningún momento se ha provecho del contrato de opción: *“en la formulación de este motivo se pretende una nueva valoración de los hechos. El codemandado don Ramón P. celebró contrato de arrendamiento en su nombre propio, sin representación y sin contemplatio domini y su esposa, codemandada, doña Magdalena R. se aprovechó, ciertamente, de los efectos del arrendamiento; pero igualmente aquél concertó el derecho de opción y la esposa no aprovechó efectos, ni había dado poder de representación expreso o tácito, ni ratificó expresa o tácitamente.*

Por lo cual, no hubo ratificación ni había habido poder de representación, ni puede pensarse en ratificación tácita, pues no aprovechó para sí efecto alguno del derecho de opción”.

2. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS PRIVATIVAS Y GANANCIALES

2.1. *La esposa no es deudora en los contratos de compraventa mercantil celebrados por el marido.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 2 de diciembre de 1997.

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

La esposa casada y vigente el régimen de gananciales, no tiene la cualidad de compradora en los contratos de compraventa mercantil celebrados por su esposo, ya que ésta no contrató con el demandante, ni llegó a perfeccionar el contrato de compraventa del que nació la obligación de pago del precio. Por otro lado, el codemandado nunca tuvo la representación de su cónyuge, ni actuó en nombre de ella, ni ésta ratificó su actuación.

Las capitulaciones matrimoniales no inscritas en ningún registro público no pueden perjudicar a los terceros.

ANÁLISIS DEL CASO

- Se interpuso demanda de menor cuantía contra los esposos solicitando se les condenase conjunta y solidariamente a abonar la cantidad de 17.962.232 ptas., que se reclamaban en virtud de la relación contractual derivada de una serie de contratos de compraventa de mercaderías (pescado) en que el demandante era el vendedor y el comprador era el codemandado. En la documentación comercial existente entre las partes figura el nombre de la esposa codemandada, aunque en ningún caso obra una firma de ella ni consta su intervención.
- El régimen económico-matrimonial de éstos era el de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura notarial, en fecha 20 de junio de 1981, no inscritas en el Registro Civil ni en el de la Propiedad.
- El esposo contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando que se estimara parcialmente por ser la deuda inferior a la cantidad reclamada. La esposa por su parte se personó en autos y contestó a la demanda solicitando se le absolviera íntegramente de la demanda.

- Con fecha 18 de diciembre de 1991, se dictó sentencia por el Juzgado de 1.^ª instancia núm. 37 de Madrid, estimando parcialmente la demanda y condenando al esposo a abonar 15.491.133 ptas., más intereses y costas y absolviendo a la esposa, al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva en la codemandada, por no haber intervenido en las operaciones mercantiles y estar casada en régimen de separación de bienes.
- Con fecha 11 de octubre de 1993, la sección 18.^ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia en grado de apelación, revocando la sentencia y extendiendo la condena realizada en primera instancia también a la esposa.
- La esposa recurre en casación. La parte demandante, el vendedor, no ha interpuesto recurso, por lo que la cuestión del precio debido ha quedado firme y el tema de la casación se ha concretado a la obligación de pago del precio a cuyo cumplimiento ha sido condenada. El Tribunal Supremo casa la sentencia y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^ª Instancia, absolviendo a la esposa de los pedimentos de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión suscitada en la sentencia no es otra que determinar si la esposa intervino como parte en la compraventa o en su caso, el esposo actuó por representación de ella. Respecto a la primera cuestión, es claro que la esposa no intervino en ningún momento en la compraventa, pues a pesar de que en las facturas apareciese su nombre, en ninguna de ellas aparece su firma, con lo cual, como señala el Tribunal Supremo *“La recurrente en casación, no contrató con el demandante, no llegó a perfeccionar el contrato de compraventa del que nace la obligación de pago del precio, objeto de la demanda y a cuyo cumplimiento ha sido condenada por la sentencia de instancia, lo que indica la infracción del artículo 1254 del Código civil”*, es decir, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y es claro que en el caso de autos no consta en ningún momento que la esposa se haya obligado a nada, con lo cual no puede ser condenada como deudora cuando no intervino en el contrato.

Aclarado lo anterior, y teniendo en cuenta que un cónyuge puede actuar en representación del otro, habrá que analizar si en el caso de autos consta haberse otorgado dicha representación en alguna de las formas admitidas en derecho. Como señala el artículo 1259 del CC *“Ninguno puede contratar en nombre del otro, sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”*. Analizado el caso por el Tribunal Supremo, llega a la conclusión de que *“el esposo, nunca tuvo la representación de su cónyuge, ni actuó siquiera en nombre de ella, contemplatio domini, ni ésta ratificó su actuación, lo que implica infracción del artículo 1259 del Código Civil. A falta de consentimiento por parte de la recurrente, ni de representación, no llegó a perfeccionarse ni a existir contrato de compraventa en el que la esposa fuera compradora, sin perjuicio de que sí lo hubo por el esposo como com-*

prador, condenado en la sentencia de instancia al pago del precio, que no ha recurrido en casación”.

En conclusión, la esposa nunca debió ser demandada al no ser parte en el contrato de compraventa, con lo cual procede estimar su falta de legitimación pasiva en el procedimiento:

Otra cuestión distinta que no ha sido alegada en la demanda, es el tema de la responsabilidad de bienes, es decir, si la esposa responde con sus bienes propios o los comunes en los supuestos de régimen de comunidad. En el caso de autos, y a pesar de que los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimonia-

les estableciendo el régimen de separación de bienes, casi diez años antes de efectuar las compraventas, dichas capitulaciones no se inscribieron en registro público alguno, por lo que el régimen vigente en el momento de contratar no es otro que el de gananciales. Teniendo en cuenta que el esposo era comerciante, por remisión del art. 1365 del CC resultarán de aplicación los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, y por tanto, no por ello queda obligado el cónyuge como deudor, sino que los bienes gananciales responderán si media el consentimiento del cónyuge, que se presume (art. 7 Cco.) e incluso los propios si éste consiente expresamente.

2.2. Tercería de dominio sobre bienes gananciales. La esposa sigue respondiendo de las deudas gananciales con los bienes adjudicados en la liquidación.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 17 de julio de 1997.

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

Los bienes que se adjudican en la liquidación de la sociedad de gananciales a uno de los cónyuges siguen respondiendo frente a terceros de las deudas de carácter ganancial que se contrajeron antes de la disolución de la sociedad. El cónyuge propietario no puede ejercitar la tercera de dominio al estar vinculada con la deuda que contrajo el esposo.

La aplicación del art. 1317 del CC (la modificación del régimen realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros) no exige para su efectividad una previa declaración de ineficacia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales. El acreedor sólo debe probar que su derecho había sido adquirido antes de llevarse a efecto las capitulaciones.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por la Tesorería de la Seguridad Social se siguió demanda contra D. Ricardo C.V. en reclamación de deudas correspondientes a los años 1984 a 1988, embargándose entre otros bienes un inmueble que, en las capitulaciones matrimoniales que otorgaron los cónyuges con fecha 1 de julio de 1998 fue adjudicado en propiedad a la esposa.
- Doña Pilar de G.S. promovió tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra don Ricardo C.V. demandando el levantamiento del embargo trabado sobre la vivienda propiedad de la actora.
- El 28 de noviembre de 1990 se dictó sentencia por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 14 de Madrid estimando íntegramente la demanda.
- El 7 de julio de 1992, la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en grado de apelación, dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando la propiedad exclusiva de la actora sobre la vivienda embargada; pero, siendo «deudora responsable del descubierto origen del apremio administrativo», declaró también no haber lugar al levantamiento del embargo.
- La actora tercerista interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión suscitada en el presente recurso no es otra que la responsabilidad de los bienes gananciales tras su liquidación por deudas contraídas durante la vigencia de dicho régimen. La esposa entiende que los bienes que le fueron adjudicados en la liquidación no responden de la deuda que contrajo su marido.

Para resolver la cuestión, lo primero que tenemos que comprobar es si se trata de una deuda ganancial o privativa. En este sentido queda perfectamente claro que *“el marido de la ahora parte recurrente contrajo deudas por impago a la Tesorería de la Seguridad Social en el período comprendido entre los años 1984 a 1988, y que la escritura de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales es de fecha 1 de julio de 1988, así co-*

mo que la adjudicación del bien litigioso fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 19 de octubre de 1988”. Por tanto, resultará de aplicación lo establecido en el art. 1365 del CC: “los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios”.

Respondiendo por tanto los bienes gananciales de dicha deuda, la modificación del régimen económico con posterioridad no puede afectarle, tal y como señalan dos preceptos del Código Civil:

1. Artículo 1317 del CC. La modificación del régimen económico matrimonial

realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, añadiendo el Tribunal Supremo que *“toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales”*.

2. Artículo 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 el inventario judicial o extrajudicial. En efecto, como indica el Tribunal Supremo *“todo lo anterior deriva hacia la aplicación ineludible del artículo 1401 del Código Civil, en cuanto concede a los acreedores poderes especiales sobre el patrimonio ganancial, que trasciende y permanece incluso con posterioridad a la crisis que para la sociedad de gananciales implica unas capitulaciones matrimoniales que supongan la disolución de dicha sociedad. Y así aparece perfectamente entendido en la sentencia recurrida”*.

Como vemos, estos preceptos pretenden conseguir el medio de satisfacción de los acreedores, en el supuesto de modificación de las capitulaciones matrimoniales mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad y lograr con ello una conjunción perfecta entre lo dispuesto en el ya mencionado artículo 1317 del Código Civil en su concatenación en los artículos 1401 y 1402 de dicho Cuerpo legal, como se indica en las Sentencias de 14 de octubre y 17 de noviembre de 1987, y sobre todo la de 15 de marzo de 1991.

En otra vía argumental, entiende la esposa que en este supuesto es necesario que con carácter previo se declare la nulidad por fraude de acreedores de las capitulaciones matrimoniales. El Tribunal Supremo señala que *“lo que se pretende por los acreedores es la aplicación directa del artículo 1317 del Código Civil, para lo cual, y a tenor de lo que dice la sentencia de 10 de septiembre de 1987, no se requiere para su efectividad declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna de las capitulaciones matrimoniales modificativas. De todo lo cual se infiere que la vía de aplicación del tantas veces repetido artículo 1317, base de la pretensión de la parte recurrida, no es la de impugnación de las capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico, puesto que el acreedor no debe perseguir la nulidad en cuestión, y solamente tendrá que probar que su derecho había sido ya adquirido en el día que la modificación aludida se realizó, y así se proclama en la sentencia de 17 de febrero de 1986”*.

3. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. *Eficacia y validez de la liquidación de sociedad de gananciales pactada en documento privado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 19 de diciembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada.

El documento privado en el que los cónyuges establecían la separación de hecho y pactaban unas adjudicaciones de bienes tiene plena eficacia ya que “en dicho pacto existen compromisos con todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados”.

Dicha estipulación es válida y eficaz como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, pues no hay obstáculo a su validez en esa significación, en que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, y sin que contenga ningún motivo de invalidez, como no lo hay tampoco para su ineficacia.

ANALISIS DEL CASO

- Los cónyuges contrajeron matrimonio bajo el régimen de gananciales el 28 de mayo de 1972.
- Con fecha 9 de noviembre de 1976 compraron un inmueble en el Conjunto Residencial M. de (La Navata) Galapagar, firmándose exclusivamente por el esposo el contrato privado de compraventa.
- Con fecha 16 de marzo de 1985, ambos cónyuges suscribieron un documento privado en el que establecían su separación de hecho y pactaban un proyecto de capitulaciones matrimoniales, en el que atribuían a cada uno distintos bienes, y en cuanto a la vivienda sita en La Navata, se le asignaba a la esposa. Simultáneamente el esposo realiza una cláusula adicional al contrato de compraventa privado de adquisición de la vivienda en la que expresamente cede sus derechos a su esposa.

- Con fecha 25 de mayo de 1985 otorgan los cónyuges escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que se pacta como cláusula segunda “que se consideran propios de cada cónyuge los bienes que figuren a su nombre en títulos, registros, depósitos o documentos” y el mismo día otorgan también escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de bienes en la que no se hace referencia expresa a la vivienda de La Navata, vivienda que es usada y disfrutada por la esposa desde la separación conyugal.
- La esposa interpone demanda de menor cuantía para que se le reconozca como de su propiedad la vivienda sita en La Navata. El esposo reconviene, oponiéndose a la demanda y solicitando en el suplico que se declare que el inmueble es de su exclusiva propiedad, ya que el contrato privado de compraventa fue suscrito únicamente por él.
- La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia de Collado Villalba de 3 de diciembre de 1991 desestima la demanda y estima la reconversión. En sus fundamentos jurídicos, razona que el inmueble tiene carácter ganancial, ya que se compró constante el matrimonio, por lo que, no es posible entender eficaz la cesión de dicho bien, por parte del marido a su esposa, al no ser válida dicha cesión, dentro del conjunto de operaciones de disolución de la sociedad de gananciales, y teniendo en cuenta que, como contraposición, al art. 1355 CC, la Ley sustantiva no previene la posibilidad de un supuesto inverso o conversión de un bien ganancial a privativo; dicho supuesto debe considerarse factible en tanto renuncia de derechos de uno de los cónyuges a favor del otro cuando se cumplan los requisitos “*ad solemnitatem*” precisos y que teniendo en cuenta que dicha cesión encierra una donación, no se ha cumplido la forma para viabilizar esa relación de bienes inmuebles y, hay que tener en cuenta también lo dispuesto, en la escritura pública de 24 de mayo de 1985, sobre la atribución a cada propietario de los bienes a cuyo nombre figuren, por todo ello procede dictar esa decisión.
- Sentencia de la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 1993: Estima el recurso y revoca por completo la sentencia, estimando la demanda. En sus fundamentos jurídicos se señala que: el Juez de instancia califica erróneamente de donación dicho pacto, calificación que no se ajusta al concepto de donación establecido en el art. 618 del CC que establece “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta” y aquí lo que nos encontramos no es sino una distribución de bienes gananciales en la forma que libremente decidieron las partes, sin que por ello pueda ser exigible la forma de escritura pública para su validez, sin perjuicio de que al tener carácter de mero documento privado y referirse a bienes inmuebles y no inscribirse en el Registro de la Propiedad dichos pactos solamente tenga efectos entre las partes y no puedan surtir efectos frente a terceros. Al suscribir las partes el documento privado de fecha 16 de marzo de 1985, es clara la voluntad de las partes de que dicha vivienda sea propiedad de la esposa, sin que quepa ver contradicción entre los pactos suscritos en documento privado y la es-

critura pública de capitulaciones matrimoniales, ya que en la misma aunque no se hace relación expresa de bienes sí se atribuyen a cada cónyuge los bienes que figuren a su nombre entre otros instrumentos documento, y dicho carácter documental tiene el pacto del 6 de marzo de 1985, así como la cláusula adicionada al contrato privado de compraventa, por lo expuesto habrá de entenderse que fue voluntad de las partes la atribución de la vivienda objeto de autos a la esposa y habrá de declararse la propiedad de dicha vivienda a favor de ésta, procediendo en consecuencia la estimación de la demanda y la desestimación de la demanda reconvenicional.

- El esposo demandado recurre en casación la sentencia. El Tribunal Supremo, declara no haber lugar al recurso interpuesto, condenando al recurrente al pago de las costas causadas en este recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiendo decidido los cónyuges separarse de hecho, optaron por regular las consecuencias de ese cese de convivencia por medio de un documento privado. En ese documento pactaron repartirse los bienes que tenían en propiedad, y concretamente que la vivienda objeto de litis pasara a ser propiedad de la esposa. Con posterioridad ambos cónyuges otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de gananciales sin hacer ninguna referencia a dicha vivienda que venía siendo ocupada por la esposa.

Cuando la esposa intenta que la vivienda figure en el Registro de la Propiedad a su nombre exclusivamente, el esposo se opone a ello, por entender que es de su exclusiva propiedad y ello en base a los siguientes argumentos:

1. El contrato privado sólo puede calificarse como un precontrato preparatorio de las capitulaciones matrimoniales y por tanto no puede tener la eficacia que pretende la parte contraria. El Tribunal Supremo no lo entiende así, ya que *“en dicho pacto existen compromisos con todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados, puesto que no sólo se refieren al*

acuerdo de otorgar en el futuro escritura de capitulaciones matrimoniales, en donde se establecerá el régimen de separación de bienes, y se procederá a las operaciones liquidadoras, sino que, se hace constar expresamente con carácter constitutivo, que se adjudica ya a la esposa el vehículo y la vivienda sita en La Navata provincia de Madrid (y así luego viene a ratificarse en la simultánea cesión de derechos sobre ese inmueble de igual fecha, y como indiscutible contraprestación —presuposición causal habilitante— al esposo se le adjudica la finca sita en Tejera)”.

El recurrente sostiene que se ha infringido el art. 1281 del CC —si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas—, ya que en el documento privado las partes se comprometieron a otorgar en el futuro capitulaciones matrimoniales. Sin embargo el Tribunal Supremo, con cita de las SSTs de 7 de julio de 1995, 19 de febrero de 1996 y 9 de abril de 1996 señala que *“cuando los términos de un contrato son claros, ha de estarse al tenor literal, y sólo debe acudir a las reglas de interpretación subordinadas o complementarias recogidas en los arts.*

1281.2.^o y ss. cuando, como dice el párrafo segundo del art. 1281, la verdadera voluntad de las partes no resulte del tenor literal, por lo que el motivo ha de rechazarse”.

2. Al otorgarse la escritura de capitulaciones matrimoniales se extinguió la eficacia del pacto de separación de hecho ya que las partes cumplieron el pacto 4.^o del acuerdo de separación toda vez que otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo tampoco estima este motivo puesto que “*si bien con el otorgamiento de las escrituras de 24 de mayo de 1985, se da cumplimiento a lo establecido en la primera parte del pacto 4.^o, del repetido documento de 6 de marzo de 1985, esas escrituras no tenían por qué referirse al posterior acuerdo constitutivo y productor de efectos en su fase de consumación, en cuanto a la adjudicación en firme que se hizo la esposa, entre otras, de la vivienda controvertida, por lo cual, es claro que, como así acontece, en posteriores escrituras en nada aparece lo relativo a dicha vivienda que, como se dice, estaba ya adjudicada a favor de la esposa*”.

3. Teniendo en cuenta que en las capitulaciones se pactó que “se consideran propios de cada cónyuge, los bienes que figuren a su nombre en títulos, registros, depósitos o documentos” y figurando a nombre del esposo la vivienda en la escritura privada de compraventa, debe estarse al sentido literal de las cláusulas. El Tribunal Supremo no comparte esta tesis, en primer lugar porque en la escritura de liquidación no aparece en ningún momento la vivienda litigiosa, sin duda por estar excluida de la partición por su anterior adjudicación a la esposa, y en segundo lugar porque “*El reconocimiento del derecho a favor de la esposa, merced a que se le hizo la adjudicación en el pacto 4.^o, de ese acuerdo de separación de fecha 16 de marzo de 1985, implicaba asimismo, la integración de un título nominativo a favor de la misma*”. Pero es que además, no porque constase en aquella escritura la vivienda a nombre del esposo —como adquirente, te-

nía que ser el titular— sólo él tendría que ser el propietario, ya que en puridad técnica, habiéndose adquirido el piso en régimen legal de gananciales, la titularidad auténtica, en su caso, devendría a favor de la comunidad de gananciales y no con respecto al marido cuya propiedad pretende en este litigio.

4. El piso no podía excluirse del inventario en el momento de la liquidación, puesto que para aplicar el art. 1323 del CC “*El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*” es necesario un negocio jurídico tal como la compraventa o la donación, lo cual no ha acontecido en el caso de autos. El Tribunal Supremo nuevamente vuelve a desestimar el motivo “*ya que, con base, precisamente al voluntarismo inserto tanto en el art. 1323 como 1324 CC., es hoy viable acceder a cuanto ha acontecido, es decir, que los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, sino también podrá referirse a posibles derechos inherentes en favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, expectante, de tal forma que, con total libertad, se le permite realizar los contratos que estimen conveniente, sin que, obvio es, quepa entender que ello sólo se permitiera a través de la compraventa o la donación, ya que tanto, el reconocimiento o la cesión de derechos, son modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrán utilizar, pues, en virtud de la permisibilidad de dicho artículo 1323 prevalente pues, frente a cualquier normativa que se pretenda sobreponer con carácter imperativo, carácter que, a todas luces no es predicable, sobre el particular, a la que así se contiene en el Título III del Libro IV, en torno al régimen económico matrimonial del Código Civil*”. El Tribunal Supremo recuerda el contenido de la sentencia de 22 de abril de 1997, aplicable “*mutatis mutandi*” al exponer “el acuerdo referido, al que las partes llaman de

‘partición de bienes’, no es de la materia nombrada, sino de adjudicación de bienes del sistema económico-matrimonial de separación, y no forma parte necesariamente del contenido en el art. 90 CC. Sin embargo, dicha estipulación es válida y eficaz como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, pues no hay obstáculo a su validez en esa significación, en que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, y sin que contenga ningún motivo de invalidez, como no lo hay tampoco para su ineficacia, ya que, aunque carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al juicio y producir efectos procesales, pero no la pierde como tal convención.”

5. Por último, el recurrente alega que en ningún momento pudo verse en el pacto privado una donación de la vivienda a favor de la esposa, ya que no se cumplieron los requisitos para que pudiera existir una donación,

máxime cuando las donaciones de bienes inmuebles deben hacerse necesariamente en escritura pública. Para desestimar este motivo señala el Tribunal Supremo que *“en caso alguno, puede entenderse —como hizo el Juzgado de Primera Instancia— que la cesión o reconocimiento de derechos del marido en favor de su esposa, implica una auténtica donación y que por tanto, la inobservancia de la forma hace decaer la misma, pues, la adjudicación controvertida ha de contemplarse, en su evolución al socaire de la jurisprudencia de intereses, dentro de la complejidad de operaciones inherentes a la separación de hecho que en origen se consumó en el documento privado de 6 de marzo de 1985, pues, bien consecuente es, explicarse aquel reconocimiento/cesión en un conjunto de adjudicaciones duales de carácter sinalagmático, explicativo de ese reconocimiento y cesión de derechos entre ambos consortes”*.

3.2. Liquidación de gananciales. Atribución del uso de la vivienda familiar.

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 10 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.**

La atribución del uso de la vivienda familiar a un cónyuge no condiciona el destino de dicha vivienda en la liquidación de la sociedad de gananciales, y por tanto, es perfectamente válido, como en el caso de autos, que la misma se adjudique en proindiviso a ambos cónyuges.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por el Juzgado de 1.^a Instancia se dictó sentencia de separación aprobando el convenio regulador suscrito por los cónyuges en el que se atribuía el uso de la vivienda familiar a la esposa.
- Seguido posteriormente un procedimiento con el objeto de liquidar la sociedad de gananciales, en el Cuaderno-Particional se adjudicaba por mitad a ambos cónyuges la propiedad de la vivienda.
- La esposa recurre en casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose atribuido a la esposa el uso y disfrute de la vivienda familiar en el convenio regulador de la separación, la misma sostiene que en la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales no puede adjudicarse la mitad de la misma al esposo, ya que en este caso existiría una contradicción entre el convenio y el cuaderno particional y se estaría vulnerando lo establecido en los artículos 96, 1255, 1256 y 1258 del CC. Sin embargo, como señala el Tribunal Supremo “*en la sentencia recurrida no hay infracción de norma alguna ni de jurisprudencia aplicable a la misma. Y ello por la simple razón de que no es posible establecer la concatenación lógica que pretende la parte recurrente, entre el convenio regulador del proceso de separación matrimonial y el cuaderno particional aprobado en el juicio de disolución de la sociedad de gananciales. Y es imposible tal interrelación, porque una cosa son las medidas de tipo patrimonial derivadas de un proceso de sepa-*

ración matrimonial que establece, siguiendo un convenio regulador, el uso exclusivo de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, medida susceptible de modificación judicial si se comprueban causas suficientes, y que además al favorecido por el uso no se le permite disponer de la misma unilateralmente, ni para enajenarla ni para la constitución de derechos reales; y otra cosa, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de cuyos bienes constitutivos es la vivienda en cuestión, que forma parte de una comunidad de tipo germánico en la que cada uno de los bienes no está atribuido individualmente por cuotas a uno u otro cónyuge, sin que a estos bienes en ese sentido les afecte para ello, a quien tenga atribuido su uso en aquel momento”. Es decir, que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial no condiciona las adjudicaciones que procedan en a posterior liquidación de la sociedad conyugal.

3.3. Inmueble privativo de la esposa.

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.**

Procede declarar que la esposa es la titular exclusiva de un inmueble que adquirió antes de contraer matrimonio con independencia de que la escritura pública de compraventa se hubiese otorgado a nombre de los dos cónyuges.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ignacio M.P. demanda a su ex-esposa en trámite del juicio de menor cuantía, ejercitando la *actio communi dividundo* respecto a los bienes inmuebles (un piso y plaza de garaje) y una serie de bienes muebles que relacionaba, que estimaba eran de él y de la demandada. Justificaba su acción alegando que el matrimonio que había contraído con la demandada se había disuelto por sentencia de divorcio y que aquélla se negaba a practicar la división, cuando ya no tenía objeto que los bienes siguiesen siendo comunes.
- La demandada se opuso a la demanda, solicitando que se acogiera cualquiera de las excepciones que oponía, sin entrar en el fondo del asunto, o, en su defecto, que estimase la procedencia de la división en cuanto a la plaza de garaje y los bienes muebles que no se considerasen inmuebles por adhesión o adherencia. Reconvinó también solicitando que se declarase que el piso era de su exclusiva propiedad, y por tanto la nulidad parcial de la escritura de compra en la que se hace figurar al actor como adquirente, ordenando el Juzgado las cancelaciones y rectificaciones registrales que detallaba. Asimismo, que se declarase la procedencia de incluir en el inventario de bienes a dividir el automóvil que señalaba. También la Sra. D. demandó por los trámites del juicio de menor cuantía al Sr. M.P. y a la Caja de Ahorros de Valencia. Solicitaba en ella lo mismo que en la reconvencción en cuanto al piso, y la acumulación de estos autos a los anteriores, lo que así se dispuso.
- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda del Sr. M.P. excepto en cuanto al piso, y estimó parcialmente la reconvencción de la Sra. D., condenando a aquél a abonarle la mitad del precio recibido por la venta del automóvil con sus intereses, y la mitad de determinados gastos que había hecho la reconviniente para el pago y administración de la plaza de garaje, con sus intereses legales desde la interposición de la demanda.
- En grado de apelación, la Audiencia revocó parcialmente la sentencia apelada, declarando que el piso era de propiedad exclusiva de la Sra. D., debiendo figurar a su nombre y adquirido en estado de soltera.
- El actor ha interpuesto recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto principal del recurso no es otro que determinar si el inmueble pertenece a uno a ambos cónyuges. El esposo entiende que queda acreditado por la escritura pública de venta que el piso les pertenece a ambos, puesto que en la misma consta que la entidad bancaria vendía a los dos en proindiviso, confesando haber recibido el precio por mitad y otorgándose carta de pago. Sin embargo, y como señala el Tribunal Supremo “*Es harto reiterada la doctrina de esta Sala según la cual una cosa es la veracidad de que se ha declarado en escritura pública, y otra cosa es la veracidad de lo declarado, que no está amparado por la fe pública*”. Por tanto, será necesario investigar la procedencia de los fondos con los que se hizo efectiva la compraventa para determinar la titularidad.

La esposa acredita que recibió de Francia una transferencia cuyo importe coincide exactamente al precio que se pagó en la compraventa, sin embargo, el esposo sostiene que este hecho no puede servir de base para inferir que ella pagó todo el precio. El Tribunal Supremo señala que “*La Audiencia hace un seguimiento riguroso de la cantidad transferida desde Francia por la madre de la recurrida a ésta, para inferir que se trataba de una donación a fin de que pudiese pagar el piso, no observándose ninguna contradicción con la lógica en el razonamiento. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas de la buena fe, es más verosímil esta deducción que la expuesta por el recurrente: legalizar en España, en época de legislación restrictiva de divisas, la posesión de una suma de dinero procedente del exterior*”.

Pues bien, admitido lo anterior, entiende el esposo que en este caso el contrato sería

nulo al haber existido simulación, a menos que la esposa hubiese demostrado que encubría una causa verdadera, y que la misma carecía de acción para solicitar la nulidad absoluta de la escritura de compraventa por ser autora de la simulación. A esta alegación contesta el Tribunal Supremo que “*una lectura detenida de la sentencia lleva inmediatamente a la percepción de que la simulación a la que alude es la que recae en los elementos personales del negocio jurídico, no en su causa, que es verdadera y lícita. En ellos se hizo constar como adquirentes a los dos (recurrente y recurrida) cuando el precio había sido pagado por uno solo. Es al recurrente al que le correspondía probar, o bien que había pagado él también parte de ese precio, o bien que la Sra. D. le quiso hacer donación de la mitad del piso. Nada ha demostrado el recurrente en ningún sentido, sino que se ha aferrado a su mera titularidad formal, arrojando la carga probatoria de la causa verdadera sobre el que nada tiene que probar (aparte de sus alegaciones sobre el pago del precio). Por otra parte, los propios partícipes del negocio simulado poseen legitimación activa para solicitar que se declare la simulación (SS. de 22 de febrero de 1946, 6 de abril de 1954, 27 de noviembre de 1958 y 6 de febrero de 1964, entre otras)*”.

Por último, el esposo recurrente intenta justificar que ha existido una donación por razón de matrimonio, sin embargo el Tribunal Supremo no entra a analizar la cuestión ya que “*esta Sala ha declarado siempre que el animus donandi no se presume, y además plantea una cuestión nueva no alegada por el recurrente en ninguno de los escritos de su procedencia en los periodos expositivos de los autos acumulados que se resolvieron en la sentencia recurrida*”.

3.4. *Inventario. Ajuste de la situación económica de la sociedad al estado que tiene cuando se liquida.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Sentencia de 25 de septiembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.**

Si cuando se está llevando a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales desaparecen de la masa bienes como consecuencia de remate en procedimientos judiciales, en ejecución de sentencia deben hacerse las correcciones necesarias en el activo y pasivo, sin que implique contradicción con lo resuelto en la sentencia.

ANALISIS DEL CASO

- Doña Esperanza M.P. formuló demanda contra don Miguel B.N. sobre disolución y liquidación de sociedad de gananciales.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia de Andújar dictó sentencia el 26 de diciembre de 1985, declarando disuelta la sociedad de gananciales y ordenando su liquidación en fase de ejecución, teniendo en cuenta el activo y pasivo inventariado en sus considerandos. La Sala 1.^ª del TS, en trámite de casación, por Sentencia de 20 de junio de 1987, confirmó la anterior resolución con una modificación en cuanto al pasivo de la sociedad.
- Solicitada la ejecución de sentencia, el Juzgado de 1.^ª Instancia de Andújar dictó Auto, el 30 de noviembre de 1992, declarando procedente la aprobación, con algunas modificaciones, del cuaderno elaborado por el contador-partidor dirimente y que, siendo el pasivo superior al activo, no hay lugar a la adjudicación de bienes a ninguno de los partícipes, debiéndose liquidar el patrimonio conforme a las reglas de los arts. 1023 a 1028 de la LEC, con observancia, además, en cuanto al pago a los acreedores de la masa, de las normas del Código Civil sobre concurrencia y prelación de créditos, pudiéndose abrir, en caso de petición de alguna de las partes o de algún acreedor, el procedimiento concursal.

- Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Jaén, en Auto de 30 de noviembre de 1992, lo desestimó. Señala el fundamento jurídico cuarto: Que en una dinámica lógica y real que trate de zanjar definitivamente y evitar los perjuicios que para la sociedad de gananciales supone las dilaciones temporales que los recursos e incidencias pudieran ocasionar tras un tal largo período de tramitación, se considera por la Sala que ha de confirmarse el cuaderno particional realizado por el contador-partidor dirimente, con las únicas modificaciones que se recogen en el fundamento jurídico noveno del auto recurrido, a saber: 1.º) Excluir del Inventario Tercero del Activo las partidas de inmuebles urbanos b. 16 y b. 19 por haberse adjudicado en procedimiento hipotecario a tercero. 2.º) Detraerse del Pasivo la cantidad efectivamente satisfecha en la subasta de dichos inmuebles; y no la totalidad del crédito de los acreedores hipotecarios, ya que éstos conservan contra la masa la parte no satisfecha en la subasta. 3.º) Que la actualización que se realizó en el auto recurrido no era definitiva, quedando sujeta a ulteriores variaciones, o rectificaciones del patrimonio ganancial como consecuencia del carácter dinámico del Pasivo que hará u obligará a hacer modificaciones tanto en el Activo como en el Pasivo.
- Doña Esperanza M.P. interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Iniciada la liquidación de la sociedad de gananciales en fase de ejecución de sentencia matrimonial y no existiendo acuerdo entre los cónyuges, se hizo preciso acudir al correspondiente procedimiento declarativo. En dicho procedimiento, se dictó sentencia declarando las partidas que integraban el activo y pasivo de la sociedad, declaración que hubo de llegar al Tribunal Supremo para alcanzar la firmeza. En ese momento, el activo de la sociedad de gananciales era superior al pasivo, sin embargo, la falta de liquidación real del pasivo con posterioridad ha conducido a que numerosos bienes integrantes del activo hayan sido objeto de remate en procedimientos judiciales, desapareciendo de la masa y haciendo precisas las correcciones necesarias en el pasivo, al abonarse con los mismos parte de la deuda, subsistiendo el crédito de los acreedores respec-

to a la cantidad subsistente no abonada con el precio del remate.

En esta situación, y en ejecución de sentencia del procedimiento declarativo, los contadores partidores han ido elaborando diversos cuadernos que han resultado inexactos por contemplar el patrimonio ganancial estáticamente sin tener en cuenta que el activo se iba reduciendo tras la ejecución de cada uno de los procedimientos judiciales. Al final, por el juzgado de instancia se dictó auto aprobando el cuaderno del contador partidor dirimente, que fue apelado por la esposa al no estar de acuerdo con su contenido. La Audiencia Provincial desestimó el recurso confirmando el auto.

Dos cuestiones plantea la recurrente en casación, uno de carácter procesal y otro de carácter sustantivo:

1. Incompetencia de la Audiencia Provincial para resolver el recurso de apelación y exceso de jurisdicción.

Entiende la parte recurrente en casación que la Audiencia Provincial no es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra un auto dictado en ejecución de sentencia de un procedimiento declarativo de liquidación de gananciales, ya que la sentencia firme fue dictada por el Tribunal Supremo que conoció de un recurso de casación. El Tribunal Supremo rechaza ambos motivos, puesto que *“siendo como es la resolución recurrida un auto recaído en ejecución de una sentencia firme, en este caso del Tribunal Supremo, no cabe contra el auto que la ejecuta otro recurso de casación que el fundado en el número 2 del artículo 1687 es decir: aquel que se da cuando en la ejecución se resuelvan puntos sustanciales, no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado, y no pueden admitirse, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, motivos basados en el artículo 1692, que, como sucede en el presente caso, nada tienen que ver con tales conceptos, pretendiendo una revisión casacional del auto en materias ajenas a la ejecución de la sentencia, que ninguna relación tiene con la misma”*.

2. Contradicción entre el fallo de la sentencia que fija el activo y el pasivo y el contenido del auto.

Entiende la recurrente que el auto, al resolver puntos sustanciales contradice lo eje-

cutoriado. El Tribunal Supremo desestima el recurso, con la siguiente argumentación *“habiéndose ordenado en la sentencia que se ejecuta la liquidación de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, operación a la que procede la Audiencia Provincial en su resolución, no puede entenderse ni que resuelva puntos esenciales no controvertidos en el pleito ni lo haga en forma que contravenga lo ejecutoriado cuando, partiendo del hecho, que debe entenderse probado, de que, si bien en el momento de dictarse la sentencia el activo de la sociedad de gananciales era superior al pasivo, la falta de liquidación real del mismo ha conducido a que numerosos bienes integrantes del activo hayan sido objeto de remate en procedimientos judiciales, desapareciendo de la masa y haciendo precisas las correcciones necesarias en el pasivo, al abonarse con los mismos parte de la deuda, pero subsistiendo el crédito de los acreedores en la cantidad de la deuda no abonada con el remate, obviamente la liquidación encomendada a los órganos de instancia a practicar en ejecución de sentencia ha precisado la corrección de los conceptos de activo y pasivo, sin que ello implique, ni mucho menos, contradicción con lo ejecutoriado, sino, por el contrario, ajuste de la situación económica de la sociedad a liquidar al estado que tiene cuando se liquida, lo que supone un cumplimiento riguroso del mandato de la sentencia que se ejecuta”*.

3.5. *Impugnación de la valoración de un inmueble.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.**

La valoración de un inmueble efectuada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales no puede ser motivo de casación, puesto que la apreciación de la prueba, en general, y de la pericial, en particular, es facultad privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio no puede ser sometido a revisión en el trámite de casación.

No puede plantearse en el recurso de casación, como cuestión nueva, la rescisión por lesión del art. 1074 del CC, y por tanto será necesario que la parte ejercite la correspondiente acción en procedimiento independiente.

ANALISIS DEL CASO

- Don Fernando G. formuló demanda con la pretensión de que se practique la liquidación de su comunidad de gananciales que había mantenido vigente el matrimonio hasta la sentencia de separación, frente a doña M.ª Dolores G., que no se opuso a la liquidación sino que la discrepancia se redujo a la naturaleza de bienes gananciales y a la valoración de los mismos.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 43 de Madrid dictó sentencia en fecha 20 de septiembre de 1991 en la que procedió a la liquidación de aquella comunidad ganancial y llegó a la última fase de la misma, que prevé el artículo 1404 del Código Civil declarando el remanente como haber de la comunidad ganancial y la adjudicación de la mitad a cada uno de los cónyuges, todo ello con el máximo detalle.
- Habiendo apelado el demandante, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, dictó sentencia el 26 de mayo de 1993 confirmando la anterior, salvo en un punto concreto, que es la valoración de un inmueble, que lo estimó inferior al que había fijado la sentencia de 1.ª Instancia.
- La esposa recurrió en casación, desestimándose el recurso por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La esposa recurrente en casación cuestiona la valoración del inmueble que se hizo por la Audiencia Provincial, puesto que debió respetarse la realizada en la instancia, ya que esta nueva valoración es inferior a la anterior. Para fundamentar este motivo recurre a unos argumentos que nada tienen que ver con la cuestión, esto es, la infracción de los arts. 14 y 24 de la Constitución, siendo lógicamente desestimado por el Tribunal Supremo “*No se puede ni siquiera vislumbrar una violación del principio de igualdad, que proclama el art. 14 de la Constitución, sin discriminación por condición o circunstancia personal o social; la sentencia recurrida ha hecho una liquidación de la comunidad de gananciales, confirmando salvo en una específica valoración la Sentencia de 1.ª Instancia y en la adjudicación se atribuyen bienes a los cónyuges y no se plantea la más mínima discriminación personal; que un cónyuge o, por decir mejor, que una parte procesal se vea con mejor estimación de sus pretensiones es algo que ocurre en todo proceso y es totalmente ajeno al principio de igualdad ante la ley; tampoco se vislumbra violación del principio de la proscripción de la indefensión, que proclama el art. 24 de la Constitución, pues ambas partes*

han tenido la tutela judicial efectiva desde el primer momento en que se han constituido como partes procesales, han propuesto y se han practicado cuantos medios de prueba han estimado pertinentes y nada tiene que ver la valoración de éstas, que hace la sentencia recurrida, con la indefensión”.

El Tribunal Supremo vuelve a insistir en que “*la apreciación de la prueba, en general, y de la pericial, en particular, es facultad privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio no puede ser sometido a revisión en el trámite de casación”.* Por tanto, no cabe modificar por esta vía la valoración que hizo la Audiencia.

El recurrente intenta utilizar otro argumento para modificar la valoración del inmueble, y para ello acude a la alegación de que se le ha causado una lesión en su lote, sin embargo el Tribunal Supremo no entra en su análisis “*no sólo por no haberse aplicado ni citado en las sentencias de instancia, sino porque no se ha ejercido la acción de rescisión por lesión en el presente caso ni puede imaginarse que la parte recurrente la quiera ejercitar en un recurso de casación. Es, por tanto, una cuestión nueva inadmisibile en casación”.*

3.6. *Cumplimiento de un convenio extrajudicial de liquidación de gananciales.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de noviembre de 1997.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.**

Habiéndose suscrito por los cónyuges un documento privado de liquidación de la sociedad de gananciales, en el que el esposo se adjudicaba la totalidad de los bienes con obligación de abonar a la esposa 16.000.000 de ptas., procede condenarle al pago de los 12.500.000 ptas. no abonados más los intereses legales. Ante el incumplimiento de pago, no procede concederle los plazos fijados en el convenio.

ANALISIS DEL CASO

- Estando los cónyuges liquidando la sociedad de gananciales, con fecha 19 de marzo de 1992, pactaron en documento privado una transacción extrajudicial, en la que; a) Declaran el carácter ganancial de distintos bienes; b) Liquidan parte de los mismos que son adjudicados al esposo debiendo entregar éste a la esposa la cantidad de 16.000.000 de ptas., de la siguiente forma, siete millones en efectivo (en este momento recibe 3.500.000 ptas. y el día 24 de marzo de 1992, otros 3.500.000 ptas.) y el resto, es decir, 9.000.000 de ptas. en 48 letras, de acuerdo con el calendario de pagos establecido que se librarán coincidiendo con el pago del segundo plazo; c) Cuando se abonen la totalidad de las cantidades, se procederá a la formalización notarial de todos los documentos relacionados con las operaciones que se materialicen; d) Respecto al resto de los bienes, ambos cónyuges acuerdan mantener la indivisión por un plazo máximo de cuatro años, siendo administrado hasta entonces por el esposo el negocio bar, sin perjuicio de la correspondiente rendición de cuentas.
- En diciembre de 1992, la esposa promovió juicio de menor cuantía contra su esposo por incumplimiento del convenio transaccional, al no haberle abonado los 3.500.000 de ptas. ni entregado las 48 letras de cambio, solicitando se dictase sentencia obligando al esposo a cumplir el convenio transaccional y a pagarle 12.500.000 de ptas. más los correspondientes intereses.
- El demandado contestó solicitando se dictase sentencia por la que desestimando íntegramente los pedimentos de la parte actora o, subsidiariamente, atempere la cuantía de las prestaciones que incumban a su principal y declare la obligatoria inclusión de la cláusula de no endoso respecto a las cambiales que eventualmente hubieran de emitirse.

- El juzgado de 1.^ª Instancia núm. 41 de Madrid dictó sentencia el 6 de junio de 1993 estimando la demanda y declarando la validez del documento privado suscrito por los cónyuges, condenando al demandado al pago de 12.500.000 ptas. más los correspondientes intereses.
- En grado de apelación, la Sec. 19.^ª de la AP de Madrid, con fecha 3 de octubre de 1994, dictó sentencia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado.
- El demandado interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto de la *litis* no es otro que dar cumplimiento al documento privado en el que los cónyuges pactaron una transacción extrajudicial para liquidar la sociedad de gananciales. En el mismo, se adjudicaban al esposo determinados bienes y se establecía la obligación de éste de abonar a la esposa 16.000.000 de pesetas. El esposo incumplió su obligación y no hizo efectivos los plazos acordados.

El recurrente dirige prácticamente toda su actividad a intentar conseguir que se mantengan los plazos que en su día establecieron las partes para el pago de los 9.000.000 de ptas. Para ello, utiliza distintas vías:

1. Incongruencia de la sentencia, ya que la actora no pidió en su demanda que se declarase vencida la obligación de pago aplazado, y sin embargo, la sentencia recurrida así lo declara. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que “*no puede ser aceptada, por no ser concorde con la realidad, la afirmación que parece hacer el recurrente (en el confuso alegato del motivo) en el sentido de que la actora no ha pedido que se den por vencidos los plazos estipulados para el pago de la cantidad de nueve millones de pesetas, pues si lo adeudado, en su totalidad, por el demandado son, por un lado, los tres millones quinientas mil pesetas (que debió haber pagado a su esposa el día 24 de marzo de 1992 y no lo ha hecho, ni en dicha fecha, ni después) y, por otro lado,*

los nueve millones de pesetas (que tenía que pagarle a través de los vencimientos mensuales de las cuarenta y ocho letras de cambio que se obligó a entregar a la actora y no se las entregó), y lo que la actora postula en su demanda es que se condene al demandado a pagarle la cantidad de doce millones quinientas mil pesetas (3.500.000 más 9.000.000), dicho pedimento entraña, indudablemente, que está postulando que se declare que el demandado no tiene ya derecho a usar de los plazos mensuales para el pago de los referidos nueve millones de pesetas (la llamada ‘pérdida del beneficio del plazo’)”.

2. Del incumplimiento parcial de pago, no puede deducirse que se ha frustrado el fin del contrato. A ello contesta el Tribunal Supremo señalando que “*la sentencia aquí recurrida no ha tenido necesidad de utilizar la prueba de presunciones, ya que existen en el proceso suficientes pruebas directas, que evidencien que el demandado, aquí recurrente, ha incumplido el contrato litigioso y que dicho incumplimiento ha venido a frustrar el fin próximo del mismo para la actora, desde el momento en que su esposo (el demandado, aquí recurrente) no sólo no le ha pagado los tres millones quinientas mil pesetas, ni el día 24 de marzo de 1992 (que fue el concreto día señalado para dicho pago), ni en ninguna otra fecha posterior, sino que tampoco le ha entregado siquiera las cuarenta y ocho letras de cambio, domici-*

liadas en entidad bancaria y contra su cuenta corriente (la del demandado, aquí recurrente), para irle haciendo, a través de ellas, los pagos mensuales que se pactaron en el contrato litigioso y en su anexo, así como tampoco le ha pagado ninguna de las mensualidades del año 1992, vencidas antes de la formulación de la demanda (en diciembre de dicho año), ni, mucho menos, las posteriores a dicha fecha, según lo pactado en el contrato y en su anexo, lo que evidencia ostensiblemente que el demandado, aquí recurrente, trataba de eludir incluso dichos pagos aplazados”.

3. No se dan ninguno de los requisitos establecidos en el art. 1129 del CC para denegar el pago a plazos de la cantidad de 9.000.000 de ptas. Sin embargo el Tribunal Supremo sí lo entiende así puesto que “la no entrega por el demandado-deudor a la demandante, su esposa, de las cuarenta y ocho letras de cambio domiciliadas en entidad bancaria y contra su cuenta corriente, a cuya entrega se obligó expresamente para ir pagándole, a través de los vencimientos mensuales de dichas cambiales, hace llegar necesariamente a esta doble conclusión:

1.^a Que el demandado no deseaba hacer uso del pago aplazado que las aludidas cuarenta y ocho letras de cambio, si las hubiera entregado, le habrían permitido.

2.^a La no prestación por el demandado de la garantía a que se había comprometido (número 2.^o del artículo 1129 del Código Civil), toda vez que dichas cambiales “domiciliadas en entidad bancaria y contra su cuenta corriente” (la del demandado), entrañaban para la actora una indudable garantía de pago (entendida ésta en un sentido amplio), que no fue prestada por el demandado, al no entregar a su esposa las tantas veces repetidas cuarenta y ocho letras de cambio, circunstanciadas en la forma dicha, a lo que ha de agregarse, finalmente, que la actora, al pretender que se tenga por vencida dicha obligación, ya no reclama a su esposo, el demandado, aquí recurrente, el abono de los intereses que se habían pactado (a razón del diez por ciento anual) para

el caso de haber existido el aplazamiento en el pago, sino estrictamente la deuda principal de nueve millones de pesetas, aparte, como es obvio, de los tres millones quinientas mil pesetas, que debió haberle pagado el 24 de marzo de 1992 y que no le pagó, ni en dicha fecha, ni en ninguna otra posterior”.

En otro orden de alegaciones, el recurrente alega que al estar pactado el pago aplazado, la deuda reclamada no era líquida desde la fecha de interposición de la demanda, sino que solamente lo fue desde que en la sentencia se declaró vencido el plazo, por lo que el pago de los intereses legales de la deuda reclamada no debe imponerse desde la fecha de la demanda, sino desde la de la sentencia, que es cuando, al dar por vencidos los plazos, la deuda fue líquida. El Tribunal Supremo estima el motivo parcialmente: “Por lo que respecta a la cantidad de tres millones quinientas mil pesetas, que el demandado, según lo pactado en el contrato litigioso, debió haber pagado el día 24 de marzo de 1992 y no la pagó en dicha fecha, ni en ninguna otra posterior, es indudable que dicha deuda era líquida ya en la fecha de interposición de la demanda (15 de diciembre de 1992), por lo que, desde dicha fecha, el demandado deberá abonar los intereses legales (moratorios) de la expresada cantidad, a que se refiere el artículo 1108 del Código Civil. No ocurre lo mismo en lo que atañe a la deuda de nueve millones de pesetas, cuyo pago, en principio, estaba pactado hacerlo a plazos, y que sólo fue líquida en su totalidad cuando la sentencia de primera instancia (luego confirmada por la aquí recurrida) declaró vencido el plazo y condenó al demandado al pago íntegro de la mencionada cantidad, por lo que sólo a partir de la fecha de la referida sentencia de primera instancia es cuando el demandado deberá pagar los intereses legales (moratorios) de la expresada cantidad de nueve millones de pesetas, todo ello sin perjuicio de la aplicación, además, que proceda hacer del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la misma fecha dicha de la sentencia de primera instancia”.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACION, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACION

1.1. *La desaparición de la affectio conyugalís viene siendo admitida como una causa más de separación matrimonial que evita y hace innecesario imputaciones concretas de las partes.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 8 de julio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

El órgano “a quo” descansó su argumentación en la causa de creación jurisprudencial de la desaparición de la “affectio conyugalís” que viene siendo admitida como una causa más de separación matrimonial que evita y hace innecesario imputaciones concretas de las partes, de una contra la otra, cuando se desprende de los autos un ambiente irrespirable de permanente esta-

do de tirantez, desafección y discordia entre los esposos, con vulneración de los deberes recogidos en los arts. 67 y 68 del CC. Para terminar es necesario indicar de manera rápida, conforme a repetida y conocida doctrina jurisprudencial que por ello nos evita de citar; que en el ámbito civil no es preciso consignar necesaria y separadamente un relato de hechos probados.

1.2. *Si se acredita la ruptura de la convivencia de los cónyuges es causa suficiente para decretar la separación.*

AP MURCIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 27 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader.

Solicita el recurrente que se dicte sentencia por la que se declare que la causa de la separación ha sido el reiterado incumpli-

miento de los deberes legales de ayuda y asistencia del padre respecto a su esposa e hijos. La pretensión debe ser desestimada,

porque la actual normativa sobre la separación matrimonial, desde 1981, la configura como una institución tendente a solucionar los problemas derivados de la dificultad o imposibilidad de la convivencia entre los esposos, de ahí que no sea necesaria la declaración de un culpable, a diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación, por lo que es suficiente que se acredite esa ruptura de la convivencia para que se acceda a lo pedido. En el presente caso, resulta evidente que se ha producido la quiebra de la

“*afectio maritalis*”, como ratifica la circunstancia de que ambas partes en esta alzada limiten sus pretensiones a las consecuencias indirectas de la separación, aceptando plenamente la decisión principal. No es la finalidad del proceso declarar quién es el responsable de la ruptura, por lo que carece de legitimación para recurrir aquella parte a quien se le otorga la separación solicitada, aunque lo sea por causa distinta de la solicitada.

1.3. *La acreditación de un estado de desafección entre los esposos es causa suficiente de separación.*

AP SANTANDER, Sec. 3.^a, Sentencia de 28 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis López del Moral Echevarría.

Existe causa de separación en aquellos supuestos en los que, como en el que nos ocupa, se ha acreditado la existencia de un estado de desafección entre los esposos que les hace incumplidores de los deberes propios del matrimonio lo cual ha quedado evidenciado por el hecho admitido por el esposo de haber surgido fuertes desavenencias entre ambos como consecuencia del traslado de domicilio de este último. Debe pues entenderse que ambos cónyuges se encuentran incurso en la causa de separación alegada en la demanda únicamente en lo relativo a la violación grave o reiterada de los deberes conyugales en la interpretación que de esta causa hace la Sentencia de 11 de febrero de 1985 en la que declara nuestro más alto Tribunal que “a los efectos del art. 82.1 CC, la violación grave o reiterada de los deberes

conyugales hace intolerable la convivencia, según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y de los deberes de respeto, ayuda mutua, socorro, y aun de los morales, que imponen la unidad corporal y espiritual de la pareja”.

En definitiva, no puede exigirse a cónyuge alguno prueba plena sobre la concurrencia de causa de separación pues de las malas relaciones conyugales principalmente conocen los propios esposos y ha sido admitido por el que las niega (el esposo) la existencia de discordias entre ambos que se han de estimar como suficientemente acreditativas de la desaparición del afecto conyugal que justifica la separación decretada por la debidamente razonada sentencia de primera instancia.

2. DIVORCIO

2.1. *Procede decretar el divorcio a pesar de que ambos cónyuges estuviesen conviviendo en el mismo domicilio tras su separación durante un cierto tiempo.*

AP LA CORUÑA, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 1997.
Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Josefa Ruiz Tovar.

La causa de divorcio invocada por el demandante fue el cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años (art. 86.3 CC), período que entiende la demandada no transcurrió hasta la presentación de la demanda de divorcio con fecha de reparto 17 de julio de 1996.

La prueba articulada y no desvirtuada en esta alzada es que tras la separación judicial, acordada por sentencia de 4 de junio de 1991 los cónyuges reanudaron la convivencia sin ponerlo en conocimiento del Juzgado. Está incluso admitido en confesión por don Fernando M. que hasta 1993 tuvieron relaciones conyugales, «hasta después de un aborto que tuvo ella». Ahora bien, no cabe desconocer como razonó acertadamente la juez de instancia que de las propias testificales se deduce también que se trató de un período de convivencia inestable y con graves problemas, durante el cual el actor reconoce haber mantenido diversas relaciones efectivas hasta estabilizar su situación con otra mujer durante dos años, con la cual ya tiene un hijo.

La interpretación del art. 87 CC, no puede ser otra que la efectuada por la juez “a quo”, aunque el precepto se mueva en el peligroso terreno de las intenciones, difíciles de conocer para el derecho y más difíciles

de probar por ocurrir en un ámbito cerrado de intimidad. En cualquier caso no se estima que entre los cónyuges existiera una reconciliación efectiva, y que sí por contra se rompió la convivencia conyugal “animo et corpore” pese a convivir en el mismo domicilio —según el demandado hasta el año 94—, siendo necesario distinguir entre convivencia y coexistencia, como así hizo la SAT de Valladolid de 2 de mayo de 1987 describiendo la situación a que alude el párrafo primero del art. 87 CC como el hecho de «coexistir malamente en el hogar sin verdadera convivencia ni “affectio maritalis”».

Finalmente, la propia redacción de la posición 3.ª efectuada por la representación de la apelante, revela que es posible que en el año 1994 abandonase el esposo el domicilio conyugal siquiera temporalmente, o que en esa fecha hubiese habido un problema de entidad.

En consecuencia procede confirmar la sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos, *no pudiendo considerarse como reconciliación efectiva el tiempo transcurrido desde el año 93, aunque viviesen bajo un mismo techo, concurriendo así los requisitos del art. 86.3 CC para decretar el divorcio.*

2.2. *Procede decretar el divorcio cuando ha quedado acreditado que los cónyuges, a pesar de vivir en el mismo domicilio, tenían vidas completamente independientes, habiendo desaparecido entre ellos la affectio maritalis.*

AP LA CORUÑA, Sec. 4.^a, Sentencia de 13 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Un orden lógico de cosas obliga a entrar, en primer término, a analizar si concurre la causa de divorcio invocada por el demandado. Para ello, es necesario partir del examen de la prueba practicada en la *litis*, según la cual ambos esposos reconocen en sus respectivos escritos de demanda y contestación que, desde hace al menos nueve años, entre ellos no existía convivencia conyugal de clase alguna, al haber desaparecido la «*affectio maritalis*», durmiendo en habitaciones separadas, el marido solo, y la actora con su madre. La prueba testimonial practicada a instancias del demandado reconviniendo, con testigos tan calificados por su proximidad a la familia, como es la hija del matrimonio, que convivía con los litigantes, y el hermano del reconviniendo demuestra que pese a habitar en el mismo techo los demandantes hace más de nueve años que no mantienen una relación marital, sino que cada uno hace su vida, hasta el punto de dormir separados, que no se manifiestan afecto alguno y que el matrimonio rompió hace tal tiempo, que la relación entre ellos no era de convivencia sino que meramente ocupaban el mismo piso pero entrando y saliendo cada uno por separado, sin pasar tiempo alguno juntos, y que la actitud de desinterés e incluso de cierto desprecio entre ellos era palpable, en el mismo sentido también se pronunciaron el resto de los testigos. Por último, en su confesión judicial, la esposa reconoce que desde hace diez años duerme separada de su esposo, ocupando la misma habitación que su madre en la que colocó dos camas, y sin que nunca haya reanudado las relaciones con su esposo, así como que hace vida independiente del mismo, sin realizar ningún tipo de actividad juntos.

Es evidente que tal panorama fáctico implica que entre ambos litigantes se produce un estado de coexistencia bajo el mismo techo y no de convivencia entre los mismos, que, en el caso presente, no existe, al haber desaparecido entre ellos la «affectio maritalis», en una patente situación de ruptura matrimonial, de suerte que podríamos hablar de un cese efectivo «sine corpore, solo animo» o dicho de otro modo de una total rotura sentimental o afectiva, con mantenimiento de vida en el mismo techo, enmarcable en el artículo 87.1 del CC. En este sentido, se interpreta el invocado precepto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1985, cuando afirma que entendida la convivencia conyugal propiamente dicha como manifestación de la comunidad de vida, obviamente compatible con la individual de cada esposo, es claro que puede resultar rota esa unidad a pesar de que el marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, como para otros efectos señala el artículo 87 del CC. En el presente caso, la coexistencia de marido y mujer bajo el mismo techo se explica por razones económicas, dados los exiguos ingresos del matrimonio, la esposa no trabajaba, vivían con la suegra en casa de la misma, y el marido es pensionista con una pensión anual de invalidez permanente absoluta de 1.493.534 de ptas. en 1996, y el matrimonio tenía dos hijas a su cargo. Pues bien, teniendo en cuenta la aludida situación que habrá que analizar caso por caso para determinar su concurrencia, la demanda de divorcio habrá de acogerse por darse para ello la causa del artículo 86.4 del Código Civil.

3. NULIDAD

3.1. *Para que el error en las cualidades personales sea causa de nulidad matrimonial debe referirse a las de tipo psicológico o personal y no a las de carácter social.*

AP SANTA CRUZ, Sec. 1.^a, Sentencia de 1 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio González González.

Es doctrina general en materia de error en el consentimiento la que exige que sea excusable, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994, es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, infringiéndose entonces los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, por lo que habiendo existido, según admite el propio recurrente, un período inicial de relación de convivencia estable y permanente de al menos dos años de duración antes de que fuera contraído el matrimonio, es claro que en ese tiempo pudo cerciorarse perfectamente de cuál fuera el estado —soltera o divorciada— de su futura esposa. *Y, de otra parte, porque las cualidades personales a que alude el art. 73.4 del Código Civil son las de tipo psicológico o personal, y no las de carácter social, precisamente por la razón anteriormente expuesta, de la facilidad para el conocimiento de las mismas, y el estado de soltera o divorciada ha de encuadrarse entre estas últimas, pues en nada afecta a la dimensión personal del futuro contrayente.*

También en este aspecto cabe destacar que el haber sido privada en su día la deman-

dada de la custodia del hijo que tuvo en estado de soltera, aunque se desconoce el exacto contenido de la resolución que adoptó tal medida, tampoco puede tener la trascendencia que da el actor en orden a que suponga por sí un reflejo de una personalidad disoluta e inmoral, sin que se haya siquiera propuesto prueba, aparte el contenido de la mencionada resolución, que pudiera revelar la existencia en la demandada de una personalidad con graves defectos de moralidad, siendo de traer a colación a este respecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 1987, precisamente recaída en una acción de nulidad matrimonial por error en las cualidades de la persona, y en la que se señala la necesidad de acreditar la entidad de tales defectos y su influencia en el consentimiento, debiendo estarse en todo caso a las relaciones mantenidas por los cónyuges en sus relaciones anteriores al matrimonio, que como se ha dicho, en el caso debatido, fueron lo suficientemente amplias en el tiempo como para evitar un desconocimiento de tal aspecto de la personalidad de la demandada.

3.2. *Procede declarar la nulidad del matrimonio cuando uno de los contrayentes tiene como único fin adquirir la nacionalidad española.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Val Suárez.

El matrimonio contraído «iocandi causa», bajo reserva mental, comporta una falta de consentimiento, pues la parte que incurre en dicha falta quiere el matrimonio pero se reserva y oculta a la otra sus efectos, habiendo una clara discordancia consciente entre voluntad y declaración, discordancia que se oculta a la otra parte al silenciar que se expresa en términos distintos de su verdadera voluntad, de modo que su conducta es una trampa tendida a la otra parte, con un comportamiento que puede incluirse en el artículo 1269 del Código Civil.

La sentencia de instancia da como hecho probado que la actora conocía la nacionalidad de su futuro esposo, y que con el matrimonio éste podría acceder a la española, pero no son éstas las circunstancias que discute doña Aurelia, pues lo reconoce en todo momento, sino que el hecho que provoca la reserva mental del demandado que se alega es que ignoraba que el único motivo de don Ionel-R. para contraer nupcias era ése. Estos hechos de ser probados serían reveladores de una conducta claramente dolosa, pues el apelado se habría servido de su habilidad para celebrar un matrimonio y lograr sus propósitos exclusivamente personales, y con ello habría incurrido en una clara reserva mental, lo que sería causa de nulidad, según la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 26 de noviembre de 1985, 31 de mayo de 1961, y 8 de febrero de 1955 entre otras.

No hay prueba directa de que el demandado incurriera en reserva mental, por lo que

habrá que ir a la de presunciones, según permiten los artículos 1249 y ss. del Código Civil. Los litigantes contrajeron matrimonio el 31 de marzo de 1995, manifestando a la esposa el señor G. a los 21 días de dicho acto que se iba a Rumania (su país de origen) para recoger el visado, lo que efectivamente hace tardando tres meses en regresar, hechos que son reconocidos por don Ionel-R., lo que permite interpretar que lo hace sobre el 20 de julio, el 25 de ese mismo mes y el 5 del siguiente escribe unas notas, que parece ser no fueron enviadas por carecer en ese momento de la dirección, a una mujer en términos muy cariñosos y en los que refiere que los pocos sentimientos que tenía por su esposa se han destruido, y otros parecidos que resultan bastante elocuentes, como que va a recibir su permiso de residencia comunitaria lo que le va a abrir otras perspectivas. La actora en su demanda relata que la convivencia se rompe definitivamente en septiembre de ese mismo año, lo que no es negado por el demandado, que imputa a la hoy recurrente la culpa en el fracaso de su matrimonio.

Describir cuál ha de ser la conducta de un recién casado, no es tarea fácil, ni tampoco viene al caso, pero ello no es óbice para que la del señor G. despierte serias sospechas, acerca de cuál pudiera ser su objetivo al contraer matrimonio, pues tras 20 días, su convivencia se ve interrumpida por espacio de tres meses, sin que las gestiones que tenía que realizar necesitaran de tan largo plazo, según los informes que obran en autos, y a

su vuelta ya parece haber iniciado una relación sentimental con otra persona, a la que no duda en contar que el escaso aprecio que sentía por su cónyuge ha desaparecido.

De todas estas circunstancias la Sala llega a la conclusión que don Ionel-R., no tenía

intención de asumir los deberes que la institución matrimonial conlleva, y que la única finalidad que tenía al acceder al mismo era conseguir legalizar su situación, por lo que una vez lograda ésta nada le ataba ya a la señora E., incurriendo pues en clara reserva mental.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y REGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *Atribuido con carácter exclusivo a la madre el ejercicio de la patria potestad, para que se atribuya conjuntamente a ambos progenitores es necesario que el padre acredite cumplidamente que ha superado sus problemas de salud.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 10 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

El efecto que se dispone en la antedicha sentencia disolutoria del vínculo conyugal es la atribución exclusiva del ejercicio de dicha transcendental función a la madre, pero no por indignidad al efecto del hoy apelante, en armonía con los preceptos antedichos, sino por la imposibilidad física y mental del mismo en orden a dicho ejercicio, debido a su enfermedad, lo que atrajo la aplicación de las prevenciones del párrafo 4.º del artículo 92 del referido texto legal, que implica no una sanción judicial, sino, en definitiva, la acomodación de una situación jurídica, que en principio determina que ambos procreadores compartan el ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), a una realidad fáctica que evidencia que tal cometido es asumido

por uno solo de ellos, debido a la imposibilidad del otro al efecto, que puede obedecer a factores de muy diversa índole, y que en el caso se concretaron en la “enfermedad mental”, y el “alcoholismo crónico” del padre.

Y es obvio, conforme bien se razona en la sentencia de instancia, que *el actor no ha acreditado cumplidamente, conforme le incumbía por imperativos de la doctrina emanada del artículo 1214 del Código Civil, la superación de los antedichos problemas de salud que, a tenor de lo acordado en la sentencia de divorcio le inhabilitaban para compartir el ejercicio de la patria potestad, al apoyar tal aseveración tan sólo sobre un escueto informe médico en el que únicamen-*

te se afirma que, "en la entrevista mantenida" el paciente se muestra adecuado y coherente, sin que se aprecien síntomas psicóticos delirantes ni alucinatorios, pero sin atreverse la doctora informante a llegar a otras conclusiones, en orden a la superación de pasados padecimientos, y remitiendo, prudentemente, a un peritaje judicial. Y aunque es cierto que este último dictamen fue solicitado, y admitido, en el curso de esta litis, al amparo de los cauces estable-

cidos en los artículos 610 y ss. de la LEC, es lo cierto sin embargo que tal pericia no ha sido practicada, sin que la dirección Letrada del apelante haya ofrecido, durante la vista del recurso, alegato alguno en orden a las posibles causas determinantes de dicha omisión, ni tampoco interesado su práctica en esta alzada, conforme bien pudo hacerlo de conformidad con las posibilidades ofrecidas por los artículos 860 y 862.22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.2. La privación de la patria potestad o de su ejercicio ha de limitarse a supuestos de índole excepcional.

**AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de septiembre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.**

Instada por la apelante la privación del ejercicio de la patria potestad del padre, hay que tener en cuenta que la privación de la patria potestad o de su ejercicio respecto a uno u otro de los procreadores ha de estar, incluso en situaciones de ruptura convivencial, basada en causas excepcionales por afectar de forma grave al menor (art. 170 del CC) en cuanto puede perjudicar seriamente su formación integral. Por ello tal decisión judicial de enorme trascendencia y gravedad, ha de limitarse a supuestos de índole excepcional, basados no en meras sospechas o alegaciones afirmativas de una de las partes en contienda, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa, sin sombra de duda, del perjuicio que para el hijo implica el que uno de sus padres siga ostentando, conjuntamente con el otro, la referida

potestad. Partiendo, entonces, de lo que antecede y del análisis y estudio conjunto y objetivo de la prueba que obra en autos, *cabe desestimar este motivo pues fuera de las labores inherentes al ejercicio de la guarda y custodia conferida a la madre no se observa en el presente caso circunstancias excepcionales como para privar al padre de contar también con sus opiniones y decisiones en las relevantes cuestiones que planteen los hijos. Ha de estarse, como se dijo, al interés prioritario de los hijos, y las circunstancias que ya en su día determinaron una inclinación a favor de la madre en el ejercicio de la guarda y custodia no deben servir las mismas para la tan grave de privar también de las que le queden al no custodio para el ejercicio de la patria potestad.*

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *No procede modificar la atribución de la guarda y custodia de los menores que se hizo a la madre a pesar de las limitaciones mentales de ésta.*

AP SEVILLA, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santos Bozal Gil.

Las alteraciones que el actor estima sustanciales, y que le mueven a solicitar la modificación de medidas, radicarían, según afirma, en el grave incumplimiento por parte de la madre de sus deberes de asistencia y custodia respecto de los menores hijos, dada la irregular conducta que le atribuye, lo que repercutiría muy desfavorablemente en la estabilidad emocional de aquéllos, así como en su cuidado y educación. Concretando el actor las irregularidades de conducta que atribuye a la esposa separada, hace referencia al supuesto hecho de que ésta acoge en el hogar familiar a individuos de nacionalidad extranjera, sin precisar el fin con que lo haga, afirmando además que se ha mostrado poco diligente en el cumplimiento del régimen de visitas establecido, para concluir con una alusión a la salud mental de la demandada que ha precisado internamientos reiterados en establecimientos adecuados, por lo que no la estima capacitada para asumir las funciones que la guarda y custodia han de comportar. Tal conjunto de circunstancias habría dado lugar, según afirma el demandante, a que una de sus hijas requiriese telefónicamente su auxilio, habiendo terminado por llevar a ambas menores al domicilio de sus propios padres, donde puede ofrecerles unas condiciones de vida más dignas, en contraste con las importantes carencias que experimentan en el de la madre. Pese a ello, ésta ha optado por llevarlas nue-

vamente consigo, no sin antes provocar graves altercados e incidencias.

La situación descrita por el actor difícilmente podría ser entendida como una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieran en cuenta al adoptar las medidas cuya modificación se pretende. Más bien parecen referirse a una falta de idoneidad de la madre para asumir las funciones de guarda y custodia encomendada, que sin duda es la misma de que pudiera adolecer inicialmente y que ya hubo de ser valorada por el Juzgador en su momento.

Por lo que se refiere a los desarreglos de conducta que la esposa separada haya podido manifestar, como consecuencia de la inestabilidad psicológica y social que padeciera, ha de señalarse la positiva evolución que en aquélla se ha operado, y a tal respecto hace la Juzgadora de instancia oportuna referencia al informe emitido por el Equipo de Atención Familiar e Infantil, que permite apreciar en la demandada pautas educativas adecuadas para los menores, así como unas convenientes condiciones de apoyo familiar y profesional para la atención de los mismos, acusándose la idoneidad de la madre para hacerse cargo de la custodia de los hijos, pese a sus limitaciones. Tal aptitud queda ratificada por el informe que con aquella fecha emitiera también el Médico psiquiatra que atiende a la demandada, en el que se ha

ce referencia a la remisión clínica de los síntomas de desequilibrio mental que padece. Y en el mismo sentido se pronuncia el informe del Equipo Psicosocial, que hace referencia a la estabilidad social que acusan ambos progenitores, debida en gran parte a la seguridad y apoyo que les ofrecen sus respectivas parejas sentimentales. Aunque ninguno de ellos —sigue valorando el informe— reúne condiciones idóneas para hacerse cargo del cuidado de los menores, en esta situación ambos podrían cubrir los aspectos básicos de cuidados y educación de los mismos, si bien uno y otro se encuentran sujetos a la dependencia de terceras personas, que sería más eficaz en supuestos de crisis respecto de la madre, siendo el actor más reacio a aceptar orientaciones o ayudas externas en caso de necesidad.

Por todas las circunstancias que el Equipo Psicosocial valora, incluye en su informe la importante conclusión de que “en este momento sería más conveniente para los menores continuar bajo la guarda y custodia

materna”, sin perjuicio de que el padre se pudiera hacer cargo de ellos en caso de que se repitiera la crisis de la demandada. Tal hipótesis, sin embargo, debe descartarse por el momento, puesto que los estados de descontrol de esta última van desapareciendo, ya que ha logrado alcanzar una estabilidad personal que puede ser encuadrada dentro de la normalidad.

Es de destacar el parecer de la Psicóloga y Trabajadora Social informantes orientado en el sentido de que los menores se encuentran más cercanos afectivamente a la madre, aunque mantienen buena relación con ambos progenitores, gozando en poder de ella de una vida ordenada en lo que se refiere a atenciones diversas, horarios, higiene y escolaridad.

Tales apreciaciones coinciden, en esencia, con las reflejadas en la diligencia de exploración judicial, en la que se hace ver que los menores manifiestan sentirse bien atendidos por la madre, con la que prefieren seguir viviendo.

2.2. La desatención educativa e higiénica en la que permanecía el menor es causa para otorgar la guarda y custodia al otro progenitor.

AP VALENCIA, Sec. 6.^a, Sentencia de 2 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca.

En esta línea de favor “filii”, debe desestimarse la pretensión de la actora de que se le atribuya a ella la guarda y custodia de su hijo. *La desatención educativa e higiénica en la que la recurrente tenía al niño —según se desprende del informe emitido por la psiquiatra infantil del Hospital La Fe y del informe sociofamiliar— era notoriamente perjudicial para el desarrollo de la personalidad del pequeño, que, por su edad (nació el 16 de enero de 1994), es absolutamen-*

te dependiente y está necesitado de la protección y de los cuidados más elementales. En su consecuencia, procede mantener el régimen de atribución de la guarda y custodia al padre; ahora bien, el superior interés del pequeño hace aconsejable que el equipo psicosocial del Ayuntamiento de su residencia realice el seguimiento de su evolución, e informe al Juzgado de instancia semestralmente, o antes si las circunstancias lo aconsejaran.

2.3. *No procede modificar la atribución de la guarda y custodia a favor de la madre a pesar de que se le ha diagnosticado una neurosis ansioso-depresiva puesto que según el informe médico, ésta no precisa tratamiento ni tiene su origen en una patología neurológica.*

AP SANTANDER, Sec. 2.^a, Sentencia de 16 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Finez Ratón.

Sostiene el recurrente como base de su pretensión que ha de tenerse por íntegramente probado que las deficiencias y trastornos psicológicos que padece la actual demandada, quien mantiene a su cuidado el hijo de común acuerdo entre las partes desde el momento del nacimiento de aquél, repercuten notablemente en el retraso psicomotriz que sufre el menor y entorpecen de forma grave el libre desarrollo de la personalidad de éste.

La apreciación expuesta por el recurrente, como fundamento de la impugnación realizada, se asienta sobre la documental consistente en informe emitido en fecha de 22 de Noviembre de 1995 por la psicóloga del centro base del INSERSO, parte redactada por el Servicio de Neurología del "Hospital Nacional M.V." e informe sobre el menor confeccionado, a propuesta del hoy apelante, por el psicólogo don L.P.B. Las dos primeras documentales citadas se limitan respectivamente a aconsejar a la demandada el seguimiento de un tratamiento de psicoterapia que abundará favorablemente en el cuidado y atención de su hijo menor y a diagnosticar a aquélla una neurosis ansioso depresiva que ni precisa tratamiento ni tiene su origen en una patología neurológica. En consecuencia, no resulta acreditado de las mismas, tal y como sostiene el recurrente, que la situación psicológica de la demandada actúe como causa eficiente del retraso psicomotriz padecido por el menor o repercuta en éste de forma negativa y desfavorable.

En este sentido, la testifical vertida por el técnico informante del INSERSO, corrobora dicha aseveración, en contestación a la octava de las preguntas formuladas. Muy al contrario y por lo que se refiere al interés o beneficio del menor, objeto exclusivo de tutela, del resto del material probatorio ha quedado plenamente acreditado que la demandada ha prestado las atenciones y cuidados adecuados a las necesidades del menor, se ha preocupado por solventar los problemas que afectan a éste, siguiendo las prescripciones facultativas que se le han aconsejado, y como consecuencia, el menor ha experimentado una notable mejoría en su evolución.

La tercera documental opuesta por el recurrente, informe psicológico emitido por don L.P.B., no reúne los requisitos mínimos de rigor científico para que pueda desprender eficacia probatoria alguna. Las conclusiones se obtienen sobre la base de hechos imputados a la demandada por el recurrente, deducidos de meros indicios y conjeturas que no han sido debidamente contrastados y sometidos a contradicción. Por lo tanto, al margen de la dudosa imparcialidad que ofrece dicho informe, dado que es emitido a instancia de parte y sobre hechos exclusivamente suministrados por el apelante, carece de los presupuestos mínimos para que pueda gozar de certeza y objetividad a efectos probatorios.

Por todo lo cual, habida cuenta de la edad del menor, de las referencias y vinculacio-

nes familiares básicas que posee y la correcta atención dentro de ese ámbito a sus necesidades y la evolución positiva experimentada, ha de considerarse correlativo a su in-

terés y beneficio proseguir sometido a la guarda y custodia de la madre demandada, con la consiguiente íntegra desestimación del recurso interpuesto.

3. REGIMEN DE VISITAS

3.1. *Si los progenitores tienen su residencia en lugares distantes procede establecer un régimen de visitas con períodos más largos, aun cuando éstos sean menos frecuentes, y garantizar la comunicación postal y telefónica de las niñas con su padre de forma adecuada.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 5 de enero de 1998. **Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.**

Solicita el actor una nueva ordenación del régimen de comunicación y visitas que contemple las diversas circunstancias que concurren: a) la distancia existente entre las residencias materna y paterna; b) la compensación en períodos vacacionales, por la imposibilidad de visitas más frecuentes; c) la precaria situación económica que padece y d) la actitud de obstrucción del régimen de visitas por la madre. La pretensión merece parcial acogida, y únicamente en lo que respecta a la distribución de los períodos vacacionales, pues la situación económica de los litigantes no ha sido acreditada de forma fehaciente, ni las obstrucciones alegadas resultan de lo actuado, toda vez que cada uno de los conflictos habidos en torno a los viajes han estado mediatizados por la falta de contribución económica del actor en los mismos. *En consecuencia con lo anterior resulta de mayor interés para las hijas realizar las visitas al padre en períodos más largos, aun cuando éstos sean menos frecuentes, y garantizar la comunicación postal y telefónica de las niñas con su padre de forma adecuada, y de esta forma procede fi-*

jar dos períodos de estancias de las menores con el padre: el primero que comprenda la Navidad completa, y el segundo que se extienda desde el comienzo de las vacaciones de verano, hasta el 14 de agosto, suprimiendo la estancia en semana santa, y ello sin perjuicio de reservar al actor la posibilidad de visitar a sus hijas en el lugar de residencia de las mismas, y llevarlas en su compañía siempre que no altere el curso escolar y preavise de su llegada con, al menos, quince días de antelación.

No obstante lo anterior, es necesario remarcar el carácter necesario y obligatorio para ambos progenitores, y para las hijas menores, del cumplimiento del régimen de visitas y comunicación paterno-filial, que se mantiene en la forma que se detalla en la parte dispositiva en beneficio e interés de las propias menores, y cuyo incumplimiento u obstrucción, además de las sanciones que puedan corresponder de carácter penal, podrá determinar que pueda apreciarse el incumplimiento grave de las responsabilidades derivadas de la atribución de la guarda y custodia.

3.2. *No procede imponer al progenitor custodio el pago de la mitad de los gastos de transporte para el cumplimiento del régimen de visitas.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

El padre recurrente reitera sus pretensiones de que se imponga a la demandada de la obligación de pagar los transportes de las menores desde las islas Canarias, donde residen, hasta Barcelona; la parte demandada, en el recurso que formuló, a su vez, contra la resolución objeto de las presentes actuaciones, limitó su discrepancia con la sentencia en lo que se refiere al pago de los billetes de avión por mitad que establece la sentencia de instancia.

Es de acoger la pretensión mantenida en su recurso por la parte demandada, e imponer al padre la obligación de suministrar los billetes de avión para el desplazamiento de las menores, para lo cual cuenta con las fa-

cultades necesarias, como titular de la patria potestad sobre las niñas, para solicitar de los organismos públicos y privados correspondientes, los certificados de residencia insular, a los efectos de la minoración del coste de los billetes de transporte. *Es de apreciar la exigua cuantía de la contribución a los alimentos de las menores que tiene asignada el actor, sin que pueda ser penalizada la demandada con la imposición de la obligación de pago del transporte de las hijas para visitar al padre, como pretende el actor, por haber regresado a su lugar de origen tras el fracaso de su matrimonio con el demandante, que fue el único motivo del traslado de la misma a Barcelona.*

3.3. *Si cuando se firmó el convenio regulador el menor tenía once meses, la circunstancia de que ahora tenga seis años debe considerarse como una alteración sustancial a los efectos de fijar un nuevo régimen de visitas.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

En materia de régimen de visitas, en procesos de separación conyugal o divorcios, la legislación lo que trata de propiciar, en todo caso, es que el cónyuge saliente del entorno familiar, en los supuestos de crisis matrimonial judicialmente tratados, mantenga la co-

municación, compañía y visitas con los hijos menores y a ser posible durante todo el año; ya que las limitaciones sólo pueden acordarse cuando surjan graves circunstancias que así lo aconsejen o exista grave y reiterado incumplimiento del acuerdo judicial

regulador de tal régimen, en cuyo establecimiento se estará al mayor beneficio de los propios hijos. Se comparte, entonces, el criterio del órgano “*a quo*” de que la relación padre e hijo es un derecho de ambos y un deber para aquel que ha de regularse de la forma más amplia posible para alcanzar su verdadero y pleno sentido y si bien en un primer momento las partes pactaron en Convenio Regulador un régimen apropiado para un hijo de once meses hoy en día, contando ya el

menor con seis años de edad, no hay razones para no establecer un régimen de visitas normal y típico en el ámbito del Derecho de Familia; y este dato de contar ya el hijo con seis años, a través del principio del *bonum filii*, debe considerarse como una alteración sustancial; debiendo confirmarse el régimen establecido en la resolución de instancia y sin que se considere necesario establecer un sistema gradual y menos el pretendido por la apelante.

3.4. *En el supuesto de que los hijos residan en un país diferente al del padre no custodio, se considera adecuado que ambos progenitores soporten los gastos de desplazamiento de las hijas para el cumplimiento del régimen de visitas.*

**AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.**

En la sentencia de instancia se mantiene la atribución de la guarda y custodia de las dos hijas menores, de nacionalidad británica a favor del padre, declarando que mientras las menores residan en un continente diferente a aquel en el que resida la madre, el padre se hará cargo de las dos terceras partes de los gastos de desplazamiento al país ocasionados por las niñas en los períodos vacacionales. En el supuesto de que tanto las menores como la madre residan en Europa, los gastos de desplazamiento ocasionados en

los períodos vacacionales será satisfechos por ambos progenitores a partes iguales.

La Sala entiende que el juzgado de instancia ha fijado un régimen de visitas correcto y equilibrado, lo que no se discute; y ha señalado un cargo en el abono de los gastos de viaje justo, proporcional y realista en atención a las circunstancias del caso que harán posible el régimen de visitas mirando por el interés de todos los implicados. Desde luego es mejor solución que la que propone la apelante en la vista del recurso, por lo que, se insiste, procede confirmar la resolución de instancia impugnada.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Si la vivienda familiar fue abandonada por los cónyuges no procede la aplicación del artículo 96 del Código Civil.*

AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

El problema planteado sobre la concesión al esposo demandante del domicilio sito en Gijón, nace como consecuencia de entender la sentencia que la madre abandonó este domicilio llevándose a sus hijos al de la abuela, deduciendo esta conclusión del conjunto de la prueba, lo que conduce a decir que estando esta casa deshabitada, no debe aplicarse el art. 96 CC para dejar la vivienda conyugal a aquel de los progenitores al que se le confía la guarda y custodia de los hijos.

Una realidad aparece a lo largo del procedimiento: el domicilio conyugal sito en la dirección antes reseñada fue abandonado primero por el esposo, pero con la necesaria valoración de la prueba que obra en el procedimiento se deduce que, a continuación lo

dejó la esposa. Y esta consecuencia que asume la sentencia de instancia tomando en consideración la intermediación en el análisis del conjunto probatorio ha de ser también acogida por esta Sala, extrayendo la conclusión de que dicha vivienda ha dejado de tener la naturaleza de conyugal. Es en este sentido en el que se hace inadecuada la aplicación del art. 96 CC., necesaria la desestimación de esta pretensión del recurso, y forzoso matizar la entrega del uso al apelado, por cuanto al tratarse de un piso correspondiente a la sociedad legal de gananciales, pero no el familiar, la entrega al esposo, se hará en administración tan sólo, sometida en consecuencia dicha entrega al destino de la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales.

2. *No procede hacer atribución por plantas de aquel domicilio conyugal que constante matrimonio constituyó una unidad de uso.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

Con referencia a la atribución de uso de la vivienda familiar el art. 96 del Código Civil dispone en su párrafo primero, que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar

y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, de donde se deduce que si existe una hija menor de edad que queda en compañía de la madre, a ellas deberá

atribuirse el uso del domicilio conyugal, sin que proceda hacer atribución por plantas de aquel domicilio conyugal que constante matrimonio constituyó una unidad de uso, y por ello extraña que constituyendo el domicilio conyugal una vivienda unifamiliar, se haga distribución de uso por plantas entre ambos cónyuges.

Si bien el Ayuntamiento emitió informe en el que se afirma que, no queda especificado si se trata de una vivienda unifamiliar o plurifamiliar, seguidamente se añade que tributa por el Impuesto de bienes Inmuebles con la categoría de vivienda, que por lo que se refiere a dicha vivienda y con referencia a la tasa de basuras tributa como vivienda uni-

familiar, y que el contador eléctrico se sitúa en la entrada desde la calle. De todo lo expuesto forzoso es inferir que con independencia de las plantas que tenga la vivienda conyugal, ello constituye una vivienda unifamiliar como así se declara en la propia sentencia, y una unidad de uso que se constituyó en todo momento para la familia, y si el art. 96 obliga hacer atribución de uso de la vivienda familiar debe hacerse en la misma forma en que venía siendo utilizada como unidad no compartible entre los cónyuges, sino atendiendo a aquel uso que de la misma se había venido haciendo por parte de la familia que era total y unitario, y en tal sentido es de admitir la apelación de la esposa demandante.

3. *Si no existen hijos, no procede atribuir sin límite temporal el uso de la vivienda al otro cónyuge.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Debe desestimarse el motivo de apelación referido a que se conceda a la apelante el uso del domicilio familiar sin límite temporal; pues la solución adoptada por el Juzgador de instancia es la correcta en supuestos de ausencia de prole o de hijos mayores de edad independientes, pues *la concesión a una de las partes ampara el interés más*

digno de protección y hasta la liquidación de los gananciales sirve para no dejar en total desprotección los legítimos derechos del otro sobre el inmueble que constituyó el domicilio familiar; pues la concesión del uso indefinido puede impedir el derecho a la partición del patrimonio común.

4. *Para que existiendo hijos, el uso del domicilio familiar se atribuya al cónyuge no custodio, es necesario una sólida prueba en contrario de la necesidad o de las circunstancias que hacen del interés de aquél el más necesitado de protección.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de julio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Debe desestimarse el motivo del recurso relativo al uso del domicilio familiar que la parte recurrente pretende para sí, pues la norma del artículo 96 párrafo 1.º del CC descansa sobre la presunción, acorde con el artículo 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”, posibilitando la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador, pero *para que tal medida pudiera ser acordada contra la referida previsión legal hu-*

bera sido de todo punto necesario 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 de aquél el más necesitado de protección; lo que no ha ocurrido en el presente caso, que ni consta en autos, ni se ha acreditado, que el interés del apelante supere el de los hijos; quizá por ello, como se dijo, de la escasa argumentación jurídica de la parte recurrente en esta alzada.

IV. PENSION ALIMENTICIA Y CONTRIBUCION A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. ALIMENTOS ENTRE CONYUGES

- 1.1. *Procede fijar alimentos entre cónyuges en la sentencia de separación. No procede fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia.*

AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Angeles Martínez Domínguez.

Tal extremo es también discutido por el apelante, entendiendo que no cabe la fijación de alimentos a favor de la esposa mediante una separación declarada legalmente

en sentencia. Dicho argumento, sin embargo, no puede ser atendido ya que *mientras que no se produzca la disolución del vínculo matrimonial, efecto este que no produce la*

separación, la obligación de socorro y ayuda mutua entre los cónyuges permanece subsistente, lo que permite que puedan fijarse alimentos a favor de uno de ellos y a cargo del otro a tenor de lo dispuesto en el art. 143.1 CC. Por tanto, y no existiendo obstáculo alguno en orden a fijar alimentos a favor de la esposa, tal y como así además fue interesado en vía reconvenicional, lo que se impone es examinar si la cuantía establecida en sentencia resulta o no proporcionada, atendiendo a las necesidades de la esposa y a los medios económicos del marido. La sentencia de instancia concedió a la esposa la suma de 40.000 ptas. mensuales como pensión por desequilibrio económico; concepto este que como ya se ha dejado expuesto no procede ser mantenido. No obstante, y dado que sí sería procedente el establecimiento de una pensión alimenticia a favor de la esposa, se estima que la referida cantidad es absolutamente adecuada a las circunstancias concurrentes. Ello es así, por cuanto que la suma que se fija se encuentra destinada a atender las necesidades de subsistencia de la esposa, al carecer de ingresos propios, de modo que con aquélla deberá

atender a todo lo necesario para su sustento; debiéndose considerar que es proporcionada a las posibilidades económicas del ahora recurrente, máxime cuando consta que actualmente se encuentra empleado, no mediando la situación de desempleo que aconteció durante la tramitación del presente procedimiento.

Nos resta únicamente por examinar si sería posible establecer una limitación temporal a la pensión alimenticia que se reconoce a favor de la esposa. En relación con tal cuestión, hemos de señalar que, a diferencia de lo que acontece con la pensión compensatoria, la cual se viene concibiendo como un derecho relativo, condicional, circunstancial y que por tanto puede quedar limitado en el tiempo; *los alimentos tienen una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos. De ello se deduce la imposibilidad de fijar un período de duración de éstos; sin perjuicio de que proceda la modificación de esta medida si concurren las circunstancias que posibilitan aquélla, conforme permite el art. 91 CC.*

1.2. *Es procedente fijar una pensión alimenticia para el cónyuge en la sentencia de separación matrimonial, que es compatible al mismo tiempo con una pensión compensatoria.*

AP MURCIA, Sec. 1.^ª, Sentencia de 27 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader.

La sentencia de primera instancia da un triple motivo para dejar sin efecto la medida de pensión para el levantamiento de las cargas familiares que había fijado en el auto de medidas provisionales, afirmando que lo hace porque fija una pensión por desequilibrio económico, porque se da la ruptura del vínculo matrimonial y porque no hay hi-

jos a cargo del matrimonio. La Sala entiende que las razones expuestas no justifican tal conclusión, *pues la obligación de darse alimentos entre los cónyuges subsiste a pesar de la separación conyugal, según resulta de los arts. 67 y 143 del Código Civil, ya que el vínculo matrimonial sigue existiendo. La inexistencia de hijos a cargo*

del matrimonio es irrelevante en este caso, ya que la obligación alimenticia entre los cónyuges integra el concepto de cargas matrimoniales. Por otro lado, como ya tiene dicho esta Sala entre otras en sentencias de 15 de diciembre de 1992 y de 14 de junio de 1994, la pensión por desequili-

brio económico es distinta de la concedida para el levantamiento de cargas matrimoniales, cumpliendo una y otra distintas funciones, por lo que son totalmente compatibles, por lo que la concesión de una en nada puede afectar a la procedencia de la otra.

1.3. *Procede fijar una pensión alimenticia a favor de la esposa debiendo atenderse para su fijación a la proporcionalidad establecida en el art. 142 del Código Civil.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de enero de 1998.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

Es objeto de esta apelación la pensión alimenticia que en sentencia se otorga en favor de la esposa y cuantía de 75.000 ptas. mensuales, en un matrimonio que celebrado el 19 de julio de 1991, no tuvo descendencia, y su unión sobrepasó escasamente los dos años de pacífica convivencia, pero si en méritos de tan escaso tiempo de duración ya no se pudo estimar concurrir causa para imponer una pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil en favor de la esposa, por no poderse ser estimado que ello suponga para la esposa un empeoramiento en su situación anterior en un matrimonio que no llegó a consolidarse, ello es sustituido por una pensión de alimentos para la esposa que con motivo del matrimonio abandonó su actividad habitual dedicada al ramo de joyería que constituía su medio económico de vida.

Però la pensión de alimentos que debe atender a las primarias atenciones del art. 142 del Código Civil, con referencia a su

cuantía deberá ser proporcionada no sólo al caudal y medios de quien los debe dar, sino a las propias necesidades de quien los recibe tal como prescribe el art. 146 de dicho cuerpo legal, y si la atribución que se hace en favor de la esposa de la vivienda conyugal ya forma parte de la habitación que por alimentos entiende el art. 142, y por otra parte la esposa no se halla en situación de total desamparo cuando el solar en que se edificó la vivienda conyugal es de su propiedad, y por otra parte goza de una profesión u oficio que si bien abandonó con ocasión de su matrimonio, ello sólo le supondrá un tiempo de readaptación en su anterior actividad laboral para poder adquirir nuevamente plena independencia económica, es en base a tales consideraciones que procede reducir la pensión de alimentos fijada en sentencia en favor de la esposa y fijar su cuantía en 50.000 ptas. mensuales, con parcial estimación del recurso de apelación.

2. ALIMENTOS A LOS HIJOS

2.1. *Si el progenitor que tiene la guarda y custodia accede a un trabajo remunerado procede modificar la cuantía de la pensión alimenticia.*

AP TERUEL, Sec. 1.^a, Sentencia de 17 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Hernández Gironella.

La segunda cuestión que se plantea en el presente recurso es la referente a la contribución del esposo al levantamiento de las cargas familiares, que el Juzgador de instancia ha reducido en la sentencia recurrida, con base en la constatación del desempeño por parte de la esposa de un trabajo remunerado; resolución frente a la cual se alzan tanto la esposa demandada como el Ministerio Fiscal. En este punto la Sala no puede sino compartir el criterio del Juzgador “*a quo*” entendiendo que se ha producido una variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la elaboración del convenio, en cuanto que en aquel momento la esposa no realizaba ocupación alguna distinta de las tareas domésticas, y en la actualidad desempeña un trabajo retribuido, aunque el salario percibido sea netamente inferior al del esposo. Sin embargo *la modificación de dicha contribución no puede llevarse a efecto a través de una simple regla de tres que re-*

duzca la contribución del esposo en el mismo porcentaje que aumenta la retribución de la esposa y ello porque, como puso de relieve el Ministerio Fiscal en el acto de la vista de recurso, en armonía con lo establecido en el art. 103.2 CC, el trabajo que el cónyuge bajo cuya custodia se encuentran los hijos sometidos a patria potestad dedica al cuidado de los mismos debe computarse como contribución a las cargas familiares, cuanto más en supuestos como el presente donde deben compaginarse dichas tareas con el desempeño de un trabajo remunerado, restando horas al ocio, por lo que la Sala entiende excesiva la reducción de la contribución del esposo operada por el Juez de instancia en la sentencia recurrida, entendiéndose adecuada una contribución de 63.500 ptas. mensuales, con las mismas bases de actualización acordadas en el convenio regulador.

2.2. *No procede disminuir la cuantía de la pensión alimenticia por el nacimiento de nuevos hijos ya que los ingresos del alimentante permiten mantener a la segunda hija sin menoscabo alguno de las atenciones debidas a la primera.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 5 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Los criterios de proporcionalidad que establecen los arts. 142, 145 y 146 del Código Civil, y que fueron ponderados en el Convenio Regulador aprobado por la sentencia de divorcio de 1 de diciembre de 1989, partían del hecho relevante del mutuo acuerdo existente entre los litigantes que exoneró al juzgador del análisis del equilibrio y procedencia de las prestaciones que, sin duda, fueron ajustadas a las circunstancias, como pone de relieve el hecho de que durante más de seis años ambas partes hayan consentido tal regulación, como un acto propio de singular relieve en cuanto a sus consecuencias jurídi-

cas, a tenor de lo que dispone el artículo 1282 del Código Civil.

Al promover la demanda de modificación, el actor fundamentó su pretensión en el hecho nuevo de que ha de mantener a otra hija habida de una unión posterior, y al respecto debe esta Sala hacer suyos los razonamientos jurídicos expresados en el fundamento tercero de la sentencia impugnada, ya que la obtención de ingresos por cantidad superior a los diez millones de pesetas anuales, permite mantener a esta segunda hija sin menoscabo alguno de las atenciones debidas a la primera.

2.3. *No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia por el nacimiento de un nuevo hijo de otro matrimonio, cuando la madre del mismo también percibe ingresos.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

En primer lugar conviene decir que si ciertamente estamos en un proceso de divorcio donde puede y deben analizarse las circunstancias concurrentes *ex novo*, ello no quiere decir, conforme a doctrina jurispru-

dencia existente desde octubre de 1987, que lo antecedente y en concreto lo pactado por las partes, sin vincular al Juzgador, que no pueda servir de pauta para tomar las decisiones adecuadas a las circunstancias concu-

rrentes. En el caso ha de partirse de una sentencia de separación que aprobó Convenio Regulador firmado por las partes donde el recurrente se obligó a pasar de pensión de alimentos para el hijo la cantidad de 45.000 ptas. mensuales revisables anualmente con arreglo a IPC. Pues bien esta cantidad en su día convenida por las partes cumple con lo dispuesto, en cuanto a la proporcionalidad, en los artículos 93 y 146 del CC; y ello no puede ahora modificarse, al socaire de encontrarnos en un proceso de divorcio, si partimos de una indeterminación de los totales y reales ingresos del apelante, indeterminación e incertidumbre a él imputable, cuando como muy bien dice el órgano “*a quo*” *el demandado debe ganar más a juzgar por lo que su misma dirección letrada dice y afirma en su nota de vista que paga de hipoteca por la adquisición de una vivienda 114.000 ptas. mensuales, si bien, se afirma, con la ayuda de la actual compañera que trabaja,*

razonamiento este último que sirve para desestimar la pretensión a la baja de la pensión de alimentos del hijo matrimonial por razón del nuevo hijo del apelante ya que antes de limitar o exonerar al apelante de su obligación anterior debe tenerse en cuenta que el nuevo hijo cuenta con una madre que trabaja y también debe contribuir y antes que otras personas (art. 143 del CC). En este sentido es constante la jurisprudencia desde enero de 1988, que dice: “tal argumentación no tiene la más mínima consistencia porque no se tiene en cuenta que la atención alimenticia de los hijos constituye un deber esencial y de primer orden que no cabe limitarlo y menos pretender exonerarse con fundamento en la existencia de gastos u otras atenciones que obviamente han de tener carácter secundario, como pueden ser las cargas económicas relacionadas con la formación de un nuevo hogar”.

2.4. La circunstancia de que el hijo haya realizado alguna actividad laboral con carácter temporal, no es causa de no reconocimiento del derecho a percibir una pensión, si bien procede dejar en suspenso su efectividad ejecutiva en aquellos períodos en que el hijo perciba ingresos por trabajo o prestaciones por desempleo.

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Conforme a lo establecido en el párrafo 1.º del citado artículo 93, “el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos”, sin embargo el rigor formal de dicho precepto debe ponerse en necesaria correlación con las prevenciones contenidas en los artículos 142 y siguientes del mismo texto legal, que excluyen la obligación cuando el presunto alimentista dispone de recursos

económicos propios para sufragar de modo autónomo sus necesidades. Y así acaece en el presente caso, en que dicho descendiente, aun con carácter temporal, viene desempeñando actividades laborales con la correspondiente retribución salarial, no exactamente acreditada en su cuantía, pero que alcanza un mínimo de 65.000 ptas. al mes, según reconoce aquél en el acto de su exploración.

Y no constando que dichos emolumentos sean insuficientes para sufragar las necesidades del mismo, la armonización de los diversos intereses, todos ellos legítimos, concurrentes en el caso y el formal cumplimiento de las ineludibles prescripciones del párrafo 1.º del artículo 93 CC, abocan según criterio ya consolidado de

esta Sala, al reconocimiento del derecho debatido, pero quedando en suspenso su efectividad ejecutiva en aquellos períodos en que el hijo perciba ingresos por trabajo o prestaciones por desempleo; en cuyo sentido procede acoger, si bien de modo parcial, la pretensión revocatoria del recurrente.

V. PENSION COMPENSATORIA

1. CONCESION

1.1. *No procede conceder una pensión compensatoria si la esposa únicamente solicitó una pensión alimenticia.*

AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Angeles Martínez Domínguez.

Como segundo motivo del recurso, se pretende por el apelante que se deje sin efecto la pensión compensatoria reconocida en favor de la esposa, alegando la incongruencia de la sentencia de instancia al haber establecido la referida pensión sin que mediara petición de parte. Por lo que respecta a la congruencia en materia matrimonial, no es la primera vez que esta Sala recuerda que en los procesos, como el que nos ocupa, no rige el principio de rogación, pues existen elementos que afectan al orden público y que consecuentemente pueden ser adoptados de oficio por el Juez, como ocurre en relación con los alimentos. Sin embargo, *no acontece lo mismo cuando de pensión compensatoria*

se trata, la cual únicamente puede ser concedida si es pedida expresamente en el proceso y demostrándose la concurrencia de las circunstancias que menciona el art. 97 CC, dado que se trata de una norma de derecho dispositivo, renunciable y transaccionable.

Atendiendo a lo consignado, es evidente que en el fallo se otorga una pensión por desequilibrio en favor de la esposa, lo que pugna con el requisito de la congruencia que exige para las sentencias el art. 359 LEC; ya que la referida pensión no fue solicitada por la esposa, dado que por ésta se demandó una pensión alimenticia

1.2. *Concesión de una pensión compensatoria temporal a pesar de que la esposa percibe ingresos de cierta importancia.*

AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

La pensión compensatoria es desestimada por la sentencia que se impugna con base en que seis meses antes de separarse de hecho la demandada obtuvo la concesión de aquel negocio, siendo heredera además de varios inmuebles de los que la usufructuaria es su madre, por lo que aun cuando los únicos ingresos que la familia tuvo desde que contrajeron matrimonio fueron los percibidos por el esposo, las nuevas circunstancias impiden el desequilibrio a que se refiere el art. 97 CC. *Las circunstancias a considerar a la hora de fijar la existencia del derecho a que se refiere el art. 97 CC son diversas, y entre ellas la dedicación pasada y futura a la familia, así como la duración del matrimonio y la situación de cada uno de los litigantes en el momento de la separación. Si bien la de la esposa, como se apuntó anteriormente, se ve alterada por la concesión del negocio de estanco seis meses antes de la separación de hecho, tras los años de matrimonio en los que la única fuente de ingresos estuvo constituida por el trabajo del demandante, no es menos cierto que durante este tiempo de más de catorce años, la dedicación de la demandada fue exclusiva para la familia, y al habersele concedido la guarda y custodia de los dos hijos —el mayor de trece años—, deberá prolongarse aún durante otra serie de años. Esos datos son suficientes para concluir la existencia del de-*

recho a pensión compensatoria, si bien tanto la cuantía como el aspecto temporal se verán matizados por el hecho de detentar en estos momentos la titular un negocio de cierta importancia económica.

La Audiencia de Oviedo tiene reconocido que la pensión compensatoria no es un derecho a perpetuidad, y que su regulación permite la fijación de un límite temporal (por todas ss. de la antigua Sec. 5.ª de 19 de diciembre de 1991 y 16 y 29 de enero 192). La situación que se analiza permite establecer aquella limitación con reconocimiento del derecho por cuanto el desequilibrio no puede entenderse desaparecido al ser D.ª Susana titular de un negocio, puesto que es reciente dicha titulación y posiblemente exija un cierto tiempo de su manejo pues deberá compatibilizarlo con la guarda y custodia de los dos hijos que tiene encomendada —y que en esta alzada no fue discutida—. *Este límite se justifica por cuanto antes o después la realización de beneficios al frente del mismo, de indudable rentabilidad a juzgar por los datos económicos que obran ya en el procedimiento, será una realidad. Esta es la razón por la que se establece el derecho a la pensión compensatoria por un tiempo de tres años desde la firmeza de esta sentencia y en cuantía del 7 por ciento de los ingresos totales del obligado al pago.*

1.3. *Procede señalar una pensión compensatoria incluso después de transcurrido cierto tiempo desde la separación de hecho de los cónyuges.*

**AP PONTEVEDRA, Sec. 1.^a, Sentencia de 11 de noviembre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Pérez-Batallón Ordóñez.**

La sentencia apelada debe ser revocada parcialmente en lo atinente a la denegación de pensión compensatoria a la mujer. Es cierto que la situación de desequilibrio económico debe referirse al momento del cese efectivo de la convivencia conyugal en el caso actual, como también se recoge en resoluciones de otros órganos judiciales, mas precisamente por eso debe concederse la citada pensión. Si algo resulta evidente de los testimonios y confesiones practicadas como prueba en el presente juicio de divorcio es el desequilibrio económico sufrido por la demandante a raíz de la separación de hecho. La disolución del régimen de gananciales con la consiguiente adjudicación de algunos bienes de aquella naturaleza, pactada en las capitulaciones matrimoniales ante notario de fecha 6 de octubre de 1993 y aportadas con la contestación a la demanda, tan sólo dan fe de esa disolución y adjudicación de determinados bienes gananciales conjuntamente con la separación de hecho, empero no suponen una renuncia ni tan siquiera tácita al derecho subjetivo a obtener la ahora solicitada pensión. La propia sentencia impugnada, correctamente, recalca en su FJ 2.^o que tal petición no puede deducirse por tal razonamiento “que resulte ahora extemporánea”. *El hecho de que la mujer haya subsistido por sus propios medios hasta la fecha sin reclamar cantidad alguna al marido por tal concepto no significa que disponga de medios económicos con suficiencia para paliar por sí mismos el desequilibrio de su situación patrimonial anterior en el matrimonio, como ha reconocido la jurisprudencia denominada menor en múltiples ocasio-*

nes (vid. por ejemplo SAT de Barcelona de 3 de febrero de 1987).

De las declaraciones de los testigos y de los confesantes se deduce que la mujer colaboró activamente en el restaurante que se dice era y es de su marido, admitiéndolo éste al absolver la pregunta segunda de su confesión. Tal restaurante se arrendó hace unos años, constante matrimonio, percibiendo el marido una renta de 100.000 ptas. mensuales según reconoce el mismo al contestar la pregunta primera. Además de estos ingresos el matrimonio percibía los derivados de la empresa de suministro y venta de material de relojería fundada constante matrimonio (contestación a la pregunta tercera) en los últimos años de convivencia, en la cual prestaba su colaboración la mujer según se deduce no sólo de la contestación a la pregunta cuarta y su correlativa repregunta vertida por las dos testigos de la parte actora, sino también y sobre todo del tenor literal de la propia repregunta, al pedir de las testigos aportadas por su oponente: la afirmación de ser cierto que “La esposa colaboraba eventualmente, no teniendo una jornada laboral completa (...), personándose en la oficina únicamente cuando lo deseaba”.

Teniendo en cuenta el régimen de gananciales en que se hallaba el matrimonio, disfrutando de la ganancialidad de los ingresos derivados de las empresas de cualquiera de los cónyuges, y la colaboración de la mujer a las empresas del marido así como la adjudicación de bienes comunes por valor de 2.000.000 de ptas. a cada uno sin hacer mención a las antedichas empresas, pero de las

cuales se reconoce por ambas partes que tan sólo percibe actualmente ingresos el mencionado marido, fácilmente se advierte que la situación post-ruptura de hecho de la mujer se encuentra muy por debajo del nivel de vida disfrutado hasta entonces y a cuya constitución y mantenimiento colaboró activamente. Pierde igualmente la parte actora su vivienda conyugal, aunque sea privativa del marido, pasando a vivir en casa de sus padres, como ha sido afirmado por testigos y por las propias partes en sus confesiones. Debe, no obstante, tenerse en cuenta la posibilidad innegable de la parte actora para in-

corporarse al mundo laboral, profesional o empresarial, como lo demuestra su condición actual de comisionista de seguros, sin que se haya acreditado por nadie que sus ingresos sean suficientes como para equipararse ni de lejos con los que le permitirían gozar de una situación análoga a la vivida durante su vida conyugal en común, mas tan sólo puede apreciarse la referida circunstancia para determinar la cuantía del crédito originado a su favor por la posición de desequilibrio económico explicada anteriormente, sin llegar a justificar la denegación de pensión compensatoria.

1.4. *El momento que hay que apreciar para comprobar si existe desequilibrio económico es el que tuvo lugar con la ruptura de la convivencia. No procede conceder pensión compensatoria cuando ha existido una larga separación sin ayudas recíprocas de tipo económico.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 3 de julio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Del estudio de las actuaciones; la desestimación del recurso se impone de manera clara y rotunda desde varios puntos de vista: a) *De la lectura del artículo 97 del CC se deduce que el desequilibrio económico que debe valorarse a efectos de generar el derecho a la pensión compensatorio es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia, comparado con la situación inmediatamente anterior de normalidad matrimonial. Por ello no es posible fijar pensión compensatorio cuando la misma se solicita después de un prolongado período de separación de hecho. En el mismo sentido esta Sala se viene pronunciando de manera constante y pacífica desde enero de 1993;* b) *Procede la denegación de tal prestación cuando en el caso ha existido una*

larga separación sin ayudas recíprocas, de tipo económico, y no solicitadas anteriormente. En este mismo sentido esta Sala se ha venido pronunciando con reiteración (vid. sentencias de 28 de mayo de 1992, 9 de julio de 1992, 15 de septiembre de 1992 y 21 de enero de 1993); c) *La recurrente trabaja y percibe por ello importante y digna retribución, constan certificaciones de lo que gana a los folios 190 y 250; por ello, falta el primer supuesto o requisito para poder percibir tal prestación; no existe la causa originaria del derecho, el desequilibrio; pues en consideración a que la institución que contempla el art. 97 del CC no fue concebida como un mecanismo igualador de economías dispares, como ha dicho esta Sala con reiteración; siguiendo a la más autorizada doctrina, la*

tendencia al reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos, sino en hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que les corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos. Por ello está bien denegada por el órgano “*a quo*” en el caso la pensión por desequilibrio del art. 97 del CC y al hacerlo fue consonante con la doctrina jurispuden-

cial existente desde junio de 1985 que de manera general y para casos análogos dice: “Contando ambos cónyuges con los ingresos que les proporcionan sus respectivos trabajos, no hay motivos para estimar que la separación o el divorcio hayan de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos, por lo que no es de aplicación el art. 97 del CC”.

1.5. *El convenio regulador firmado pero no ratificado tiene su valor y puede servir de pauta para fijar las medidas en un procedimiento contencioso de separación o divorcio. No puede alegarse engaño en el momento de redactar el convenio, al haber estado asistida la parte por letrado y haberse otorgado en escritura pública.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

La apelante pretende conseguir la revocación de la sentencia por considerar que las cláusulas que firmaron las partes relativas a las pensiones de alimentos de los hijos y compensatoria no son válidas por engaño de la contraparte pues se dieron falsas manifestaciones de lo que ganaba el esposo, ya que tanto este último como su asesor fiscal falsearon la realidad, por lo que solicita un aumento de la cuantía de la pensión compensatoria y alimenticia desde el año 1994. La dirección letrada de la apelante asistió a la firma tanto del Convenio Regulador como de las cuatro escrituras públicas que se otorgaron en la misma fecha sorprendiendo que no les dejaron leerlas y que diferían de los borradores que les facilitaron existiendo una desproporción de cien millones de pesetas. Frente a tales pretensiones la parte apelada solicita la íntegra confirmación del auto de

instancia pues las escrituras se firmaron ante Notario que las leyó y no hubo engaño.

*Son inconsistentes de todo punto las bases en que se argumenta el presente recurso de apelación, nada menos que en la nulidad por engaño de unas cláusulas de un Convenio Regulador, o mejor de una pactación al no reunir los requisitos propios de este ámbito por falta de ratificación; pero que tienen su valor al estar firmado por las partes y por referirse a la concreción de las relaciones conyugales, pudiendo servir de pauta para tomar de él lo adecuado a las circunstancias concurrentes como previene la doctrina jurisprudencia desde octubre de 1987, que es lo que ha hecho el órgano “*a quo*”; junto con lo firmado por las partes ante Notario en unas escrituras públicas; y sin olvidar que en todos estos otorgamientos y firmas, según se reconoce, la parte*

apelante concurrió a todos dichos actos con asistencia letrada. Difícil es, en consecuencia, estimar en el caso engaño, e imposible derivar las nulidades pretendidas, máxime cuando además este no es el procedimiento

adecuado al efecto; procede, en consonancia con cuanto antecede, desestimar el presente recurso de apelación o las pretensiones al alza de las pensiones compensatorias y de alimentos fijadas en la instancia.

2. MODIFICACION

2.1. El error de cálculo al fijar la cuantía de la pensión en el convenio regulador no es causa de modificación de medidas.

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 2 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mireia Salva Cortés.

Impugna la representación procesal del actor, la sentencia de instancia, que desestimó la demanda incidental de modificación de medidas adoptadas en separación matrimonial que aprobaba el convenio suscrito entre las partes, alegando que los pactos que convino con su esposa le son muy gravosos, ya que se ha producido un abuso de derecho por parte de la misma, habiendo recibido facturas, cuantiosas, a cargo de los gastos que se avino a sufragar, solicitando que se reduzca la pensión a 60.000 pesetas y que se

haga cargo la esposa de los gastos ordinarios, o hasta un límite razonable.

Como acertadamente razona el Juez de instancia, *la acción que ejercita el demandante, no es la de modificación de medidas, por circunstancias sobrevenidas, sino que impugna el pacto que suscribió con motivo de la separación, por resultarle gravoso su cumplimiento, por lo que no puede acogerse su pretensión modificatoria del convenio regulador.*

2.2. La liquidación de la sociedad de gananciales no es una circunstancia a tener en cuenta para modificar la cuantía de la pensión compensatoria.

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Por lo que se refiere a la elevación de la pensión compensatoria por efecto de la liquidación de los gananciales; del estudio de las actuaciones procede su desestimación,

pues la primera argumentación de que se pierde por la liquidación el uso del domicilio familiar fue tema ya resuelto en la sentencia de divorcio y aceptado por la ahora recu-

rente; en efecto en la resolución indicada de fecha 16 de abril de 1991, el uso del domicilio familiar se concedió a la esposa hasta que se practique la liquidación de los gananciales; proceso de liquidación que igualmente ya se ha producido; por tanto no cabe alegar ahora esta circunstancia conocida y admitida, para pretender el éxito de una modificación, calificándola de sustancial y excepcional. Por otro lado, *no debe considerarse cambio de circunstancias el dato de haberse procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales y ello por varias razones: a) Se ha procedido a cambiar una titularidad dominical comunitaria de tipo*

germánico por un patrimonio individual sobre bienes ya existentes durante el matrimonio; b) Una de las características de la sociedad de gananciales que previene el Código Civil y que no prohíbe se pueda celebrar contrato sobre ello, es que los bienes que se han hecho comunes durante el matrimonio a la liquidación han de atribuirse a los cónyuges por partes iguales; y c) si ello es así, no existiendo en el caso convenio, pacto o contrato que matice la dicción legal, el hecho o dato de la liquidación de gananciales no debe considerarse cambio sustancial de circunstancias al tratarse de bienes que ya existían en el matrimonio.

2.3. *Una vez fijada la pensión compensatoria no es posible aumentar su cuantía en base a los incrementos patrimoniales que pudiera experimentar la persona obligada a su pago.*

AP CUENCA, Sentencia de 19 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

Disuelto el matrimonio por divorcio (o aún incluso producida la separación matrimonial) no nace, desde luego, en la persona del cónyuge económicamente menos favorecido un incondicionado derecho a participar de forma indefinida en los ingresos o incrementos patrimoniales en general que pudiera experimentar la persona con la que un día estuvo casada. Antes al contrario, la pensión compensatoria únicamente tiene por objeto garantizar al cónyuge peor situado económicamente que su capacidad económica se mantenga, mientras ello sea posi-

ble en atención a las disponibilidades del otro cónyuge, en los mismos parámetros que disfrutaba en su situación anterior en el matrimonio. Por supuesto, ningún derecho ostenta el cónyuge favorecido por la pensión compensatoria a participar en los futuros beneficios de quien se halla de él separado judicialmente o divorciado. Por esa razón, huelga considerar aquí si el patrimonio de don José Luis P.M. se ha incrementado o no con posterioridad a la fecha en que se produjo la separación (y después el divorcio).

3. EXTINCION

3.1. *La pensión compensatoria no se extingue porque con posterioridad a la sentencia de divorcio se haya declarado la eficacia civil de la sentencia de nulidad eclesiástica.*

AP HUELVA, Sec. 1.^a, Sentencia de 8 de octubre de 1997. **Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana Escribano Mora.**

El recurso de apelación se contrae a las mismas razones ya expuestas en los autos de primera instancia: solicitar la supresión de la pensión compensatoria concedida por el Juez en la sentencia de divorcio. La causa alegada para pretender tal hecho es que se declaró la nulidad del matrimonio con posterioridad a la fijación de dicha pensión y que otorgada eficacia civil a la resolución canónica de nulidad, se produce la desaparición del vínculo matrimonial no siendo ya de aplicación el artículo 97 del CC. Que por otra parte no se ha reconvenido por el demandado sobre la concesión de una indemnización al amparo del artículo 98 del CC, por lo cual no puede concedérsele en este trámite sin perjuicio de que la pueda pedir en un procedimiento independiente.

El apelante no explica a esta Sala las razones por las que el Juez de instancia puede haber errado en su resolución, sino que se limita a reproducir las alegaciones realizadas en primera instancia. Son de asumir plenamente por esta Sala, los razonamientos vertidos por el Juez de instancia en su resolución. Tres son los motivos fundamentales que llevan a denegar la supresión de la pensión compensatoria con la consiguiente desestimación del recurso:

En primer lugar que *una vez fijados por el Juez civil los efectos económicos de la sen-*

tencia de divorcio, a pesar de que se haya decretado una nulidad canónica que haya conseguido el exequatur con la correspondiente aplicación al ordenamiento jurídico español, ello no puede suponer la resolución de tal conflicto jurisdiccional en favor del Tribunal Eclesiástico y de dicha base parte en efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981. Para que por vía incidental de la Disp. Adic. 6.^a de la Ley 30/1981, de 7 julio, se puedan conseguir los efectos pretendidos por el apelante es condición “sine qua non” que se dé alguno de los supuestos previstos en los artículos 100 y 101 del CC, cosa que ni tan siquiera ha sido alegada.

Por otra parte hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 del CC, los efectos para el cónyuge de buena fe subsisten a pesar de la declaración de nulidad. La buena fe de la apelada no ha sido discutida. Si bien el artículo mencionado está pensado para los efectos que se producen constante el matrimonio, tales como aportaciones patrimoniales realizadas por aquéllos durante su convivencia, de su espíritu se deriva ya un dato fundamental: que la nulidad matrimonial produce efectos «*ex nunc*» y no «*ex tunc*», proyectando su eficacia hacia el futuro. Podríamos pensar en principio que decretada la nulidad si bien la demandada y hoy apelada no ha de restituir lo ya percibi-

do, no tendrá derecho a seguir recibiendo una pensión en concepto de compensatoria; dicha pensión tiene su origen en un matrimonio luego declarado nulo en el cual ha existido una convivencia y se concede en aras a la misma si ha producido la ruptura un desequilibrio para alguno de los cónyuges. La pensión compensatoria es un efecto del divorcio y confiere un derecho al beneficiario en tanto no se modifiquen las circunstancias que motivaron su concesión; se trata de un derecho adquirido con anterioridad a la nulidad, si bien al ser de tracto sucesivo se-

guirá proyectándose en el tiempo hasta que no varíen las circunstancias.

Por último y a través de una interpretación sistemática del artículo 98 del CC y en aras a principios de equidad y lógica jurídica, si el ordenamiento permite que sin existir el vínculo matrimonial como consecuencia de la nulidad uno de los cónyuges tenga derecho a una indemnización semejante a la pensión compensatoria, cuanto más permitirá que subsista la ya otorgada vigente el matrimonio.

3.2. *No es causa de extinción de la pensión compensatoria la circunstancia de que la esposa tenga un contrato de trabajo temporal. Procede en cambio dejar en suspenso la pensión compensatoria en aquellos períodos en que la esposa perciba ingresos por trabajo o prestaciones por desempleo.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Por lo que se refiere al primer motivo planteado, mantenimiento de la pensión compensatoria, cabe decir que han venido rigiéndose las relaciones personales de los esposos litigantes así como las económicas mediante Convenio Regulador firmado por las partes y sancionado por sentencia de separación de 16 de octubre de 1987, en el que ambas partes reconociendo la existencia de desequilibrio pactaron a favor de la esposa una cantidad en concepto de pensión compensatoria. Si se añade que el matrimonio se celebró entre las partes el 13 de septiembre de 1969 del que nacieron dos hijos; de todo lo actuado, *no debe considerarse suficiente para la extinción de tal pensión la existencia de un contrato de trabajo eventual, con*

unas nóminas que superan en poco las 100.000 ptas. mensuales. Por ello, por la eventualidad del trabajo, por la cuantía de estos ingresos y de conformidad con el criterio ya sentado por esta Sala para casos análogos (vid. SSAP Madrid, Sección 22, de 14 de mayo y 10 de diciembre de 1992; y 19 de enero de 1993), se considera como más ajustado a equidad el mantenimiento del derecho compensatorio; quedando, sin embargo, en suspenso en aquellos períodos en que la esposa perciba ingresos por trabajo o prestaciones por desempleo; y produciéndose su extinción definitiva en el caso y desde el momento en que la misma acceda a un puesto laboral bajo contrato indefinido.

3.3. *Procede declarar extinguida la pensión compensatoria si con posterioridad la esposa recibe dos herencias que hacen aumentar su patrimonio y obtener rendimientos mensuales.*

AP CUENCA, Sentencia de 19 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

La única cuestión que debemos dilucidar es si doña Antonia ha mejorado de fortuna de forma tal que le permita mantener por sí misma, sin necesidad de pensión compensatoria alguna, la situación económica de la que disfrutaba constante matrimonio. Para ello, hemos de partir de la consideración, aceptada en su día por ambos cónyuges, de que tal «*reequilibrio*» se producía con el abono de una cantidad equivalente a las cuarenta mil pesetas mensuales (oportunamente actualizadas). Si con posterioridad doña Antonia hubiera obtenido ingresos o cualquier clase de incrementos patrimoniales equivalentes a esas cuarenta mil pesetas al mes que le permitieran mantener por sí misma la situación económica de la que disfrutaba constante matrimonio sin necesidad de percibir la ya tan citada pensión compensatoria, es llano que se habría producido un cambio de circunstancias justificante de la supresión de la obligación aceptada en el convenio regulador por don José Luis, todo ello con absoluta independencia de que este último hubiera aumentado o no su propio patrimonio, con posterioridad al momento de la separación (o divorcio). En este mismo sentido, se pronuncia, por ejemplo, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 4 de marzo de 1997, cuando señala que es necesario que sean la propia separación o el divorcio los que produzcan el desequilibrio económico que intenta compensarse, lo que implica una obligada referencia al status pecuniario existente al momento de la ruptura convivencial,

“en tal forma que la diferencia existente en dicho momento se prolongue al de la sanción judicial del nuevo estado civil matrimonial, pues si los factores desencadenantes de las referidas divergencias han surgido ulteriormente y se revelan ajenas a la propia crisis matrimonial, quedan fuera de la previsión legal”. En el mismo sentido, podrían citarse también, entre muchas otras, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 1 de julio de 1996, Orense 18 de junio de 1996, Bilbao 3 de junio de 1996, Madrid 5 de marzo de 1996, o la nuestra de 25 de marzo de 1996.

La propia demandada, hoy apelante, admite de manera paladina haber recibido por herencias posteriores a la firma del convenio regulador, al menos, los siguientes bienes: por herencia de su madre, una nave situada en una calle céntrica de Alcalá de Henares, nave que se encontraba alquilada hasta el año 1994 y que actualmente se encuentra cerrada pero ofrecida para alquiler en la inmobiliaria Cervantes. Esa nave, conforme la propia demandada ha reconocido en prueba de confesión, le fue adjudicada en la herencia compensándola con dos pisos en el centro de la ciudad que fueron adjudicados a su hermana. Realmente, resulta muy difícil negar que la referida nave no permita obtener, como mínimo, unos ingresos no ya equivalentes sino sensiblemente superiores a los establecidos como pensión compensatoria. De esta manera, si las cuarenta mil pesetas (actualizables) servían para equilibrar

la situación económica de la hoy apelante con relación a la que tenía constante patrimonio, es claro que ello ya no sería necesario al haber ingresado en su patrimonio la tan meritada nave. Junto a ello, ha de añadirse que la propia demandada reconoce, además, haber recibido en herencia (siendo causante una de sus tías) no menos de dos millones de pesetas en metálico, además de la séptima parte de un piso en Guadalajara, calle Madrid que, conforme a la propia valoración de la demandada rondaría los ocho millones de pesetas, además de la séptima parte de un olivar y unos viñedos que, sea cual fuere la que se aceptara, alguna valoración económica habrán de tener.

En definitiva, habrá que llegar a la conclusión de que sobre la base de acontecimientos posteriores doña Antonia P. ha visto

ingresar en su patrimonio, dinero en metálico y bienes inmuebles que te permiten obtener por sus propios medios unos rendimientos mensuales notablemente superiores (bastaría para ello con arrendar por una cantidad equivalente a la pensión compensatoria la nave sita en el centro de Alcalá de Henares, con la particularidad, además, de que, junto a las rentas, mantendría la propiedad del inmueble; ello sin contar con los ingresos en dinero metálico, la séptima parte de una vivienda en Guadalajara y los bienes rústicos de los que se ha hecho mención). A todo ello, no empece en absoluto que el patrimonio del que fuera su esposo, don José Luis P.M., producida la ruptura convivencial haya podido o no incrementarse, eventuales incrementos en los cuales ningún derecho tiene a participar la hoy apelante.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Para la fijación, modificación o extinción de alimentos de los hijos mayores de edad se exige que los mismos se constituyan en parte o que otorguen poderes al progenitor con el que conviven.*

AP SALAMANCA, Sec. 1.^a, Sentencia de 20 de noviembre de 1997. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Nafria.

Esta Audiencia desde su A. 27 de septiembre de 1994, que analizó en su conjunto el problema de legitimación de los padres para reclamar alimentos en beneficio de los hijos mayores de edad convivientes con uno de ellos, en los supuestos de petición “*ex novo*”, supresión y modificación de los mismos, se ha decantado en el primero de los aludidos por la exigencia de que el titular del

crédito solicitado ha de constituirse como parte en el proceso matrimonial seguido por sus progenitores, personándose por sí mismo u otorgando poderes a uno de los contendientes con la finalidad de reclamar dicho crédito dentro de aquél, lo que aquí evidentemente no se ha hecho, por lo que queda imprejuzgada la petición a ello concerniente.

2. *El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar los alimentos en el procedimiento matrimonial.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 5 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Tras la separación conyugal, los alimentos de los hijos comunes, aun cuando éstos sean mayores de edad, han de ser soportados por ambos progenitores, y determinados en sede del proceso matrimonial, tal como establece el artículo 93 del Código Civil, contando con la legitimación suficiente para su reclamación, aquél de los cónyuges con el que los hijos pasen a residir.

En el caso de autos ambos hijos han alcanzado ya la mayoría de edad, y ni su convivencia con la madre ni su dependencia económica de sus progenitores ha sido cuestionada por el demandado recurrente. En consecuencia con lo anterior procede determinar la cuantía de la contribución paterna a los gastos de los mismos, con la ponderación de los criterios de proporcionalidad de

los artículos 145 y 146 del Código Civil y las circunstancias concurrentes, para cuya finalidad es de consignar que la esposa viene estando plenamente integrada en las tareas productivas, aun cuando durante la tramitación del proceso se encontrase coyunturalmente en paro, subsidiario con la prestación de 121.975 ptas. mensuales, y es propietaria exclusiva de la vivienda familiar, mientras el esposo es comerciante, con una facturación mensual de 300.000 ptas. brutas de promedio, de lo que resulta que la cantidad fijada por la sentencia de instancia resulta desproporcionada, tanto respecto a las necesidades de los hijos como a los medios económicos de los progenitores, y procede rebajarla a la cifra de 30.000 ptas. mensuales para cada uno de los hijos.

3. *Procede declarar la nulidad de las actuaciones si conoció de la demanda de modificación un juzgado distinto del que dictó la sentencia de divorcio.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 19 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Dispone el art. 55 de la LEC que: “Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvenición en los casos que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictaren, y para la ejecución de la sentencia”. Según la más autorizada doctrina, el

presente artículo trata de la extensión de la competencia, y en este sentido el Juez competente para conocer de la pretensión principal lo es para conocer de las accesorias, de los incidentes, de las incidencias, oposiciones y de la ejecución. Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 1950 dijo que: “según constante jurisprudencia, el Juez competente para

ra conocer de un pleito lo es para todas sus incidencias”; y la de fecha 5 de marzo de 1970 siguiendo la línea de la anterior amplió y aclaró que: “La competencia para la pretensión principal lo es también para conocer de todas las demás. En este sentido, el término “incidencias”, ha de conducir a comprender dentro del mismo, cuantas actuaciones o procedimientos aparezcan en íntima conexión con el proceso principal”.

Partiendo de la precedente doctrina y descendiendo ya al caso concreto de autos; del estudio de las actuaciones, procede decretar la nulidad de las mismas y sin posibi-

lidad de subsanación por el órgano “a quo” que conoció de la presente demanda de modificación de medidas, ya que el competente, según los artículos citados, debió ser el Juzgado que conoció del proceso de divorcio, y en este caso el de 1.ª Instancia n.º 2 de Majadahonda. En los presentes supuestos se ha de ser inflexible para evitar en la práctica los graves problemas que de seguro se darían; por lo que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 238.1 y 240 de la LOPJ, procede decretar, se insiste, la nulidad de todo lo actuado por no ser competente el órgano “a quo” para conocer de la presente demanda.

4. *Procede declarar la nulidad de lo actuado desde la declaración de rebeldía, puesto que el demandado había contestado a la demanda, aunque por error hizo constar un número distinto de procedimiento.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de febrero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

Impugna la demandada lo actuado en instancia desde que se decretó su rebeldía procesal, aduciendo que formalizó la contestación a la demanda en tiempo y forma y que, por causa de un error material dicha contestación se insertó en un pleito distinto, sin dejar constancia alguna en el presente, en el que se le tuvo por no comparecida, lo que le ha deparado una efectiva indefensión. *Consta acreditado en lo actuado que la parte demandada presentó en la oficina judicial el escrito de contestación a la demanda dentro del término hábil para ello, y que por la secretaria se le extendió en la copia la diligencia de presentación, aun cuando la propia parte recurrente incurrió en el error de consignar, como referencia del litigio, el mismo número de autos, pero referido, al año posterior, es decir, transcribir 538/95, en lugar*

del 538/94 que corresponde a los presentes autos. Tal error, aun cuando es imputable a la propia parte que lo alega, debió ser advertido por la oficina judicial pues, ante la no coincidencia de las partes ni de la acción, o bien debió devolver el escrito a la representación procesal que lo había presentado para que subsanara el defecto, o bien haber invertido la mínima diligencia exigible, al tratarse de la misma secretaria judicial, para comprobar en el libro índice de partes la identidad cierta del litigio, lo que hubiera evitado el vicio esencial del procedimiento que se ha producido.

La declaración de rebeldía que improcedentemente se realizó causa, además, efectiva indefensión a la parte demandada, por cuanto la misma formulaba en la contesta-

ción a la demanda petición reconvenzional implícita de reconocimiento de pensión compensatoria a su favor, lo que no ha podido ser enjuiciado en la instancia.

El artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sanciona con la nulidad aquellas actuaciones que se hayan seguido con grave infracción de los principios procesales, cuya subsanación no es posible en el entendimiento recto de las normas que delimitan el contenido específico del recurso de apelación, circunscrito al análisis de lo actuado en la instancia, por lo *que habiéndose solicitado por la parte recurrente la nulidad de las actuaciones, y cumplimentado con*

ello el trámite de audiencia previsto en el artículo 240 de la expresada LOPJ, es de apreciar la misma, dejando sin efecto lo actuado desde la providencia que tuvo por rebelde a la demandada, y devolviendo los autos al juzgado de origen para que se proceda a sustanciar la tramitación procesal ordinaria desde primera providencia que tuvo por precluido el término para contestar la demanda, y tenga por comparecida en legal forma a la demandada, por formalizado dicho trámite, apreciando la existencia de reconvencción implícita, respecto a la pretensión de pensión compensatorio, de la que habrá de dar traslado a la parte actora por término de diez días.

5. *El progenitor que convive con los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar la pensión alimenticia de estos.*

AP SANTANDER, Sec. 2.^a, Sentencia de 2 de octubre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Fernández Díez.

El principal argumento del recurrente se centra en la afirmación de que siendo una de las hijas para la que se fija pensión alimenticia mayor de edad, es ella quien como única legitimada puede reclamar la misma en el procedimiento oportuno, en todo caso ajeno al de divorcio que nos ocupa. *Debe recordarse que el art. 93 del CC establece que “si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieren de ingresos propios, el Juez en la misma resolución fijará los alimentos que sean debidos...” y tal redacción induce por sí misma a pensar que el legislador quiso atribuir la legitimación al mismo progenitor*

en cuya compañía viviesen los hijos, pues no de otro modo puede entenderse la plena equiparación de hijos menores a que se refiere el primer párrafo del artículo, con la de hijos mayores a que se refiere el segundo párrafo, hijos mayores cuya condición de tal puede ser originaria, es decir mayores de edad pero dependientes al iniciarse el procedimiento. En prueba de confesión reconoce el recurrente que sus hijas de 21 y 17 años de edad carecen de recursos propios y viven en el domicilio materno suponiendo tal reconocimiento la admisión de legitimidad que se contempla en el art. 93 del CC antes citado.

6. *No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario si no se demanda a los hijos mayores de edad en el procedimiento de modificación de medidas.*

AP SANTANDER, Sec. 2.^a, Sentencia de 20 de noviembre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Fernández Díez.

El primer motivo del recurso se dedica a combatir la excepción apreciada por el Juzgado de instancia alegando al efecto que pese a que los hijos del matrimonio son mayores de edad, el presente proceso lo es sobre modificación de medidas acordadas en procedimiento matrimonial, que en consecuencia debe seguirse con las mismas partes que entonces lo fueron y que los hijos ahora mayores han sido oídos en todo caso como testigos. Desde luego debe reconocerse que la cuestión discutida no resulta pacífica en la doctrina de las Audiencias Provinciales. La Sentencia de instancia considera que dado que se pretende la extinción de la obligación de alimentos respecto de la esposa e hijos del actor, la mayoría de edad de éstos exige su llamada al proceso para evitar su indefensión, y en apariencia el argumento resulta inatacable.

Sin embargo esta Sala considera que existen argumentos que permiten concluir la improcedencia de la excepción. En orden a la legitimación para la reclamación de alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados al momento de la crisis matrimonial, el art. 93 del CC señala en su párrafo segundo que se señalarán en la misma resolución, es decir en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, deduciéndose de tal regulación que el legislador quiso atribuir la

legitimación al mismo progenitor en cuya compañía viviesen los hijos, pues no de otro modo puede entenderse la equiparación de situaciones de los hijos menores (párrafo primero del precepto) y mayores de edad o emancipados (párrafo segundo).

De otro lado debe decirse que el deber alimenticio del art. 93.2.º del CC no coincide exactamente con la deuda alimenticia del art. 142 del mismo cuerpo legal, pues aquél exige como presupuesto la existencia de ruptura matrimonial, e impide, por definición, el ejercicio de la prestación de alimentos en la forma prevista en el art. 149 del CC ya que la pensión alimenticia del art. 93 es a cargo de quien no convive con los hijos.

Tal conjunto de circunstancias permite afirmar que nada obsta a que el proceso sobre modificación de medidas adoptadas en sentencia de separación se ventile entre las mismas partes procesales que lo fueron en el procedimiento en que se adoptaron, cual ocurriría si se discutiesen en un proceso de divorcio subsiguiente al de separación, pues en definitiva la discusión sobre los alimentos del art. 93 no lo es sino sobre una prestación que forma parte del deber expansivo de contribución a las cargas familiares, que no coincide exactamente y según lo razonado con la deuda alimenticia del art. 142 del CC.

VII. EJECUCION DE SENTENCIAS

1. *El procedimiento a seguir para reclamar las pensiones impagadas es el art. 921 de la LEC. El plazo de prescripción de las pensiones no abonadas es de cinco años.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 12 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La demandante instó la ejecución forzosa de la sentencia dictada reclamando los atrasos por pensiones devengadas y no satisfechas, desde el mes de Octubre de 1989 hasta el mes de Octubre de 1995, por una cuantía total de 1.863.168 ptas. El demandado se opuso alegando haber hecho pagos parciales, así como la circunstancia de que dos de las hijas comunes, mayores de edad, cuentan ya con trabajo estable. El juzgado redujo de la cantidad reclamada los pagos acreditados y se fijó la deuda en 1.514.168 ptas., denegando la extinción de la prestación alimenticia por independencia económica de las hijas.

En el acto de la vista ante esta Sala adujo el recurrente cuatro motivos para justificar su impugnación al auto de instancia: el improcedente despacho de la ejecución cuando se habían realizado los pagos que acreditó, de forma subsidiaria la incongruencia que representa no haber apreciado la prescripción respecto a los períodos superiores a los cinco años anteriores a la reclamación, la mayoría de edad de las hijas, y el acuerdo de traslado al Ministerio Fiscal por si se apreciase la existencia de delito.

El primero de los motivos ha de ser rechazado, por cuanto *el artículo 921 de la LEC establece el trámite a seguir en las pretensiones de ejecución forzosa de las sentencias que contengan condena de cantidad*

líquida, como lo es la del caso de autos, que fija una cantidad concreta y determinada en concepto de contribución a los alimentos de los hijos. El precepto legal dispone que, formulada la pretensión ejecutoria, se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento, al embargo de los bienes del deudor, razón por la cual la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional ha estado, en todo, ajustada a la legalidad, y ello sin perjuicio del derecho que asiste al ejecutado, a promover la pretensión de oposición a la ejecución por cualquiera de las causas establecidas en la ley, entre las que indudablemente, se encuentra la de pago, total o parcial, por la remisión que el primer párrafo del mentado artículo 921 realiza "*in fine*", al juicio ejecutivo.

De lo actuado resulta, además, que el recurrente formuló oposición a la ejecución, y aportó determinados recibos acreditativos de pagos parciales, por lo que fue reducida la cuantía total de la deuda reclamada al haber incurrido la ejecutante en pluspetición. Mas ello no implica, como pretende el recurrente, que la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de pago se invierta, pues pesa sobre el mismo tal obligación, como establece el artículo 1214 del Código Civil, sin que pueda acogerse su pretensión de que sea la ejecutante la que acredite que no ha cobrado.

Igual destino desestimatorio merece la impugnación de la resolución por la mayoría de edad que ha alcanzado una de las hijas, ya que tal circunstancia es inocua a los efectos del mantenimiento de la pensión, tal como establece el artículo 93 del Código Civil, pues sólo la independencia económica de la hija, o la cesación de la convivencia con la madre dará derecho a extinguir la prestación.

Merece acogida el motivo relativo a la apreciación de la prescripción que solicitó el ejecutado, respecto al período comprendido entre octubre de 1989 e igual mes de 1990, pues sobrepasa el límite de los cinco años anteriores a la fecha de la reclamación

del núm. 1 del artículo 1966 del Código Civil, lo que implica que deban descontarse del importe total de la deuda, la cantidad de 288.924 ptas. a que asciende el cómputo indebido de este período.

La dación de vista al Ministerio Fiscal que dispuso la providencia de fecha 3 de mayo de 1996, no merece ser revocada pues, aun cuando el ejercicio de las acciones penales por incumplimiento de obligaciones alimenticias requiere, tras la promulgación del Código Penal, la formulación de denuncia, al existir hijos menores de edad puede el Ministerio Público promover las acciones que entienda convenientes para la defensa de los intereses de los mismos.

2. *La acción para reclamar pensiones atrasadas prescribe a los cinco años, sin embargo, si ya se reclamaron y se inició la correspondiente ejecutoria, será de aplicación el plazo de quince años.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 19 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

El apelante solicita la revocación del auto dictado en ejecución de sentencia al entender que la reclamación debe ceñirse a los cinco últimos años por efecto de la prescripción del art. 1966 del CC. Si bien es cierto que el art. 1966.1.^º del CC establece que prescriben por el transcurso de 5 años las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias, no es menos cierto que el mismo no tiene una aplicación automática y sin matices, en cuanto sobre ser siempre exigible, en primer término, que la prescripción sea alegada por alguna de las partes litigantes, tampoco cabe su indiscriminada incidencia sobre cualquier reclamación de tal índole; haciéndose, en consecuencia, preciso un breve análisis de la institución alimenticia en la regulación

del referido texto sustantivo, en relación con la figura de la prescripción que recogen los artículos 1961 y ss. del mismo texto legal.

El derecho, y la correlativa obligación de alimentos, con la extensión que contempla el art. 142 y entre las personas que menciona el 143, existen *in genere* cuando el alimentista los necesitara para subsistir (art. 148), su posible ejecutividad judicial sólo puede tener su base en un título que específicamente reconozca a una persona, en relación con otra u otras, aquél abstracto derecho, pudiendo tratarse de una disposición testamentaria o pacto entre partes (art. 153), o resolución judicial recaída en respuesta a pretensión de su efectivo reconocimiento; de ahí que el propio artículo 148 disponga que

tal prestación no se abonará sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Sobre tales imprescindibles bases y teniendo el pago, salvo que otra cosa se pacte, una periodicidad mensual (art. 148.2), en cuanto destinado a satisfacer las necesidades cotidianas del alimentista, en los términos recogidos en el art. 142, ha de entenderse lógicamente que, si una vez reconocido el derecho, el acreedor no reclama su efectiva prestación y cumplimiento en un largo período de tiempo, es que no ha necesitado de la aportación del obligado para cubrir tales atenciones; de ahí que la acción que al primero corresponde a tal efecto no puede pervivir indefinidamente, para ejercitarla cuando tenga por conveniente, imponiéndose la necesidad de poner término a la incertidumbre generada, sobre una presunción de abandono por parte del titular; lo que tiene su traducción jurídico positiva en el instituto de la prescripción que, en el aspecto concreto examinado, encuentra su regulación en el núm. 1 del art. 1966 del Código Civil, completado con el 1969 y 1971, que marcan el cómputo inicial de aquélla.

En consecuencia, y una vez obtenido el reconocimiento de su derecho, en virtud de sentencia u otro título ejecutivo válido, el acreedor dispone de 5 años para reclamar, en caso de incumplimiento del obligado, las pensiones impagadas, y, transcurrido aquel término, queda fenecida su acción respecto de dichos atrasos. Todo lo cual nos ha de llevar a distinguir, como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de febrero de 1.989, entre la solicitud de reconocimiento de alimentos, que encuentra el módulo o límite temporal recogido en el art. 148 (desde la fecha de interposición de la demanda), y la acción para hacer efectivos los ya reconocidos que no hayan sido abonados, respecto de la cual son ya de plena aplicación las disposiciones que sobre prescripción se contienen en los, tantas veces mencionados, artí-

culos 1966, 1969 y 1971. Pero si esta última acción ha sido ejercitada, al menos queda interrumpido el plazo de prescripción (art. 1973), en tanto sobre la cuestión planteada no se pronuncie el Juzgado; y una vez que dicho órgano, en su caso, haya dado respuesta estimatoria, total o parcial, a la pretensión deducida, señalando la cantidad total adeudada y compeliendo a su pago a la persona obligada, nos encontraríamos, en principio y como bien apunta la parte recurrente, ante las disposiciones que sobre caducidad se contienen en el art. 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor las actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes podrán promoverse hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en el artículo 411.

No pueden sin embargo dichas previsiones jurídico procesales abocar la ejecutoria a un estado de permanente e indefinida latencia, por la incertidumbre que ello generara, habiendo, en tal caso, de volverse al instituto de la prescripción, pero no sobre los módulos temporales que sanciona el artículo 1966 pues, como proclama el Tribunal Supremo, *“cualquiera que sea la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria que en ésta recae constituye un nuevo y verdadero título, con efectos en derecho propios e inherentes a la misma, del que se deriva una acción personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la primitiva en que se basó la petición formulada en el pleito; y esto sentado, no habiendo la Ley fijado plazo para el ejercicio de la referida acción, es manifiesto que el plazo para la prescripción de la misma tiene que ser el de quince años, a tenor de lo prevenido en el art. 1964 del Código Civil, relacionado con el 1971”* (SS. de 15 de diciembre de 1908, 22 de abril de 1915, 7 de julio de 1921 y 19 de diciembre de 1982, entre otras).

3. *No procede retener la totalidad de la pensión por invalidez que cobra el deudor para hacer frente al pago de la pensión alimenticia y compensatoria.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 12 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.

El juzgado de instancia dictó providencia ordenando la retención del 50% de la pensión de invalidez que percibe el ejecutado a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivas las pensiones impagadas, ordenando que dicho organismo ingresara las cantidades directamente a la libreta de ahorros designada por la ejecutante. La esposa recurrió al entender que se debería de retener la totalidad de la pensión (64.320 ptas.) ya que el 50% constituye una retención exigua, habida cuenta de que a pesar de la invalidez permanente, y grado de gran invalidez derivada del accidente no laboral, por cuanto el apremiado ha percibido otras prestaciones indemnizatorias millonarias, mientras la mujer e hija carecen de medios de vida suficientes no necesitando aquél de todo un patrimonio para asegurarse la asistencia vital futura.

El motivo del recurso es si el juzgador “a quo” ha hecho uso de la facultad que otorga el último párrafo del artículo 1451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en forma ponderada y ajustada a las circunstancias y equidad de la familia y personal del propio ejecutado, que aunque no se siga por la regla del párrafo segundo del artículo 1449 y párrafos anteriores del precepto del artículo 1451 citado, en cuanto a la inembargabilidad de salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente sino que concede arbitrio al juzgador para rebasar los límites de embargo sobre tales percepciones y para superar los porcentajes del embargo sobre el salario mí-

nimo interprofesional cuando tenga por objeto el pago de alimentos debidos al cónyuge o a los hijos en virtud de resolución de los Tribunales en procesos de nulidad, separación, divorcio o alimentos provisionales o definitivos, no obstante debe estar presidida por criterios de proporcionalidad propios de los artículos 93 y 146 del Código Civil, en cuya virtud, es parecer de la Sala que el juzgador ha recogido con acierto todos los elementos de juicio para resolver el tema de la extensión del embargo, pues si el ejecutado ha obtenido una indemnización por consecuencia de accidente de circulación, hay que tener en cuenta no sólo el alcance de las actualizaciones de las pensiones de los hijos (fijadas en 25.000 ptas. en 1985), y de la pensión compensatoria a favor de la mujer (fijada en 10.000 ptas. mensuales en dicha fecha), sino también *el grave estado físico y psíquico en que ha quedado el deudor, que tiene 47 años de edad, y sus necesidades presentes y futuras, por lo que sin perjuicio de otras acciones para el supuesto de atrasos e impago, a que apunta el Auto apelado, con referencia a las subrogatorias y revocatorias propias del Derecho Civil, en el estricto marco de la embargabilidad de la pensión por gran invalidez que percibe D. Ignacio Ruiz (64.320 ptas. al mes según dice escrito de reposición de 17 de julio de 1996), no puede quedar privado de ella, lo que sería contrario al espíritu de los preceptos legales citados y hasta contrario a principios de equidad y variabilidad de las*

pensiones alimenticias del artículo 3.1 y 147 del Código Civil, y sin poder asegurar los atrasos con el importe de una modesta pensión asistencial de la Seguridad Social que llevaría, dado el monto de aquéllos, a su práctica impercepción teniendo el ejecutado otra fuente de ingresos propios de la in-

demnización “*ex delicto o falta*”, y sin que en el presente caso quede justificado el embargo para pensiones futuras a favor de unos hijos que ya cuentan en la actualidad 20 y 19 años de edad. Por todo lo cual se está en el caso de confirmar lo dispuesto en el auto apelado.

4. *La realización por los hijos de cursos de especialización deben ser considerados gastos extraordinarios, cuyo abono no debe efectuarse con el importe de la pensión ordinaria.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 20 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mireia Salvá Cortés.

Los cónyuges pactaron en el convenio regulador que “si se produjeren gastos extraordinarios y necesarios en relación a las hijas, como pueden ser pagos extras académicos, libros, intervenciones médicas, gastos especiales de farmacia, viajes de colonias o aprendizaje de idiomas necesarios y exigidos por el centro educativo donde cursen estudios etc., que naturalmente producen un especial coste, los cónyuges aquí firmantes se comprometen a sufragar dichos gastos extras por partes iguales....”.

Sobre la base de tal cláusula y en ejecución de la sentencia de separación, la madre, reclamó la parte de los gastos pagados por la misma por asistencia de la hija a un curso específico en un Centro Homologado, consistentes en 66.000 ptas. por mensualidades más 22.000 ptas. por gastos de material, correspondiendo consiguientemente al padre, asumir la mitad de los importes satisfechos en concepto de gastos extraordinarios, tesis que es acogida por el Juzgador de Instancia, condenando al demandado a pagar por los conceptos referidos las cantidades de 33.000 ptas. y 11.000 ptas. respectivamente; contra dichos pronunciamientos se alza el apelante, cuestionando la naturaleza de ex-

traordinarios de los pagos reclamados, considerando no están incluidos en el pacto consensuado al respecto en el convenio.

En una interpretación coherente y contextual del convenio regulador concertado entre las partes y según sus propios términos gramaticales (arts. 1280 ss. del Código Civil) es de concluir que las partes por propia voluntad, distinguieron y matizaron entre los gastos comunes y ordinarios que conforme al art. 142 del Código Civil comprenden todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo los de alimentación la instrucción y educación del alimentista, de aquellos otros, que por trascender y representar un plus respecto de los costos de los ordinarios y normales, debían ser asumidos por mitad entre cada uno de los cónyuges; la “ratio” del pacto concreto, únicamente puede explicarse por referencia a aquellos supuestos como el discutido, en que mas allá de lo necesario para la instrucción y educación básica, se busca y pretende un perfeccionamiento o una mejor calidad de conocimientos, que indudablemente integran el sentido del pacto y determinan la plena aplicación y vi-

gencia de su contenido, como acertadamente razona y concluye el Juzgador “a quo” en el auto recurrido que debe ser confirmado por sus propios razonamientos,

coherentes con la voluntad de los pactos con una correcta valoración de los mismos lo que impone la desestimación del presente recurso.

5. *La pensión alimenticia hay que abonarla en la cuenta bancaria designada, sin que tenga efectos liberatorios el pago de ropas, clases de ballet o entregas a la hija, pagos que tienen la consideración de liberalidades.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Ante una reclamación de atrasos, alega el deudor que dicha cantidad la ha abonado mediante entregas realizadas directamente para ropas, clases de ballet, etc., sin embargo entiende la Sala que la pensión de alimentos convenida por las partes de 20.000 ptas. mensuales para la hija común debían depositarse en una cuenta bancaria a nombre de la madre; y esta obligación no puede anularse, limitarse o exonerarse con liberali-

dades de pagos para clases de ballet, ropas o cantidades entregadas directamente a la hija o la madre; liberalidades que hablan mucho y bien del padre y que de seguro seguirá efectuando en la medida que pueda y quiera a su hija pero que en ningún caso debe servir luego para no cumplir con la originaria obligación pactada en Convenio Regulador o para hacer apuntes contables compensatorios.

6. *El convenio regulador hay que cumplirlo en sus propios términos sin que pueda justificarse su impago en casos no específicamente previstos en el mismo. la ejecución seguirá los trámites del art. 921 de la LEC, sin que pueda atenderse en este trámite la petición de modificación de la cuantía.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

El complemento natural y obligado de todo juicio es la ejecución de la sentencia que le pone término y el art. 920 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza a cuantos sean

parte en el pleito, sin distinguir la condición de los litigantes, que insten lo que les convenga sobre la ejecución de la sentencia que lo haya terminado, disponiendo el art. 18.2

de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos.

En atención a ello, si en sentencia de separación matrimonial se aprobaba el convenio regulador que los cónyuges habían suscrito en fecha 27 de noviembre de 1995 en cuyo pacto sexto se establecía una pensión compensatoria en favor de la esposa y cuantía de 100.000 ptas. mensuales, previa retirada de la esposa del negocio familiar de perfumería, y lo que insta la esposa es la ejecución de dicho pacto reclamando el importe de la cantidad convenida de vencimiento mensual, *la ejecución hallará trámite de conformidad con lo dispuesto en el art. 921 de dicha Ley procesal civil sobre ejecución*

de sentencias que condenaren al pago de cantidad determinada y líquida, sin que pueda justificarse su impago en casos no específicamente previstos en el convenio regulador, ni en hechos que se aparten de lo concretamente pactado y aceptado cuando la cantidad a ejecutar queda clara y precisa, ni puede instarse en apelación una reducción de la cuantía de la pensión por no haber podido hacer frente a su pago, ya que ello solo es susceptible mediante la obtención de sentencia ganada en juicio de revisión de la que aquí es objeto de ejecución, y por ello no ser de aplicación los alegados arts. 524 y 1439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previstos para distinto trámite procedimental, lo cual debe conducir a la confirmación de las resoluciones recurridas.

7. *No procede compensar la deuda alimenticia que tiene el deudor frente a su hijo con los pagos que haya realizado como consecuencia de unas obras realizadas en la vivienda familiar.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 19 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

Por el demandado se alega la procedencia de compensar las cantidades adeudadas por atrasos en la deuda alimenticia en favor del hijo del matrimonio, con el débito de la esposa al ejecutado y consistente en determinadas obras en la cocina del domicilio de aquélla.

Si bien es cierto, que el apartado segundo del artículo 151 del Código Civil permite compensarse y renunciarse a las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlos, no lo es menos que, para que proceda el instituto jurídico de la compensación como forma extintiva de las obligaciones, es nece-

sario la concurrencia de las prescripciones del art. 1195 del Código Civil, es decir, que tenga lugar entre dos personas, que por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y por consecuencia debe concurrir una dualidad de títulos y créditos recíprocos, aunque no es de exigencia que las deudas cruzadas tengan un origen común, mas sí que ostenten el carácter de ser líquidas, vencidas y exigibles (SS. T.S. de 7 de junio de 1983, 31 de mayo de 1985, 24 de octubre de 1985, 28 de noviembre de 1986, y 30 de marzo de 1988).

Sentado el anterior razonamiento jurídico, es de precisar en el caso sometido a la

consideración de la Sala, la improcedencia de la compensación de deudas y créditos alegada como motivo del presente recurso de apelación, por la no virtualización de los presupuestos legales descritos, y, en esencia, por la no concurrencia de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, si se tiene en cuenta, que si bien el alimentista, hijo menor del matrimonio, ostenta el carácter de acreedor de los alimentos concedidos en virtud de la sentencia de separación matrimonial, frente a su progenitor, por mor del artículo 93 y 143.2 del Código Civil, el alimentante obligado a satisfacer la deuda de

alimentos, devenidos por atrasos en el pago de la misma, no tiene crédito alguno que compensar frente al referido alimentista, dado que las aludidas reformas en la cocina del domicilio de la esposa, de acreditarse su ejecución, pueden generar una obligación entre la misma y su consorte, no susceptible de compensarse por la vía del artículo 151.2 y 1195 del Código Civil, con la deuda alimenticia, cuyo crédito no ostenta la esposa sino el descendiente del matrimonio, según pronunciamiento contenido en la sentencia de separación.

8. *Resulta anómalo exigir judicialmente el cumplimiento del régimen de visitas cuando el menor tiene catorce o dieciséis años.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 3 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Resulta anómalo pretender que un menor de catorce o dieciséis años tenga que permanecer al lado de los padres, ya sea uno u otro, todo un fin de semana, sin poder compartir sus ratos de ocio con sus amigos y hacer la vida de relación normal para su edad, pues estas circunstancias se producen en un régimen normal de convivencia, y por supuesto también cuando ambos progenitores ya no viven juntos, pero es que en el presente caso, la situación entre Daniel y su padre viene marcada por una falta de contacto persistente. Téngase en cuenta que resulta muy

difícil imponer el régimen de visitas a un muchacho, que en este caso ha cumplido ya los 15 años, que se niega a relacionarse forzosamente con su padre, y que en modo alguno puede pretenderse que se lleve a cabo esta relación por la fuerza, y así parecía haberlo entendido el padre, según consta al folio 175 de las actuaciones, así también se valora por el perito psicólogo que ha examinado al menor y que igualmente ha llegado a esa conclusión, la cual ha sido acogida en la medida que se impugna.

VIII. REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

1. *No procede declarar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por vicio en el consentimiento, en base a la alegación de que el mismo fue prestado bajo la influencia de unos medicamentos que disminuían sus facultades físicas y psíquicas.*

AP SANTA CRUZ, Sec. 1.^a, Sentencia de 1 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio González González.

En lo que se refiere a la nulidad de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que se disuelve la sociedad de gananciales y se procede a su liquidación, persiste el recurrente en estimar que existió vicio en el consentimiento, ya que fue prestado bajo la influencia de unos medicamentos que disminuían sus facultades físicas y psíquicas. Ha de señalarse al respecto, aparte de las atinadas consideraciones del Juzgador de la instancia, que el propio recurrente en confesión judicial admite como de su puño y letra o firmadas, *varias de las notas acompañadas por la demandada con la contestación a la demanda, y en las cuales ya se pretendía proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales e incluso estableciendo pensión a favor de la esposa, por lo que no puede ser aceptado que si ya existía esa voluntad, la declarada ante Notario*

estuvo viciada por falta de consentimiento, a causa de la influencia en el mismo del medicamento administrado por la esposa, del que sólo consta en autos un ejemplar de las instrucciones que se acompañan con el mismo al ser adquirido en farmacia, pero sin que exista prueba, ni de que fuera ingerido en la época de la firma, y menos de que subrepticamente fuera administrado por la esposa con el fin fraudulento de que el actor procediera a otorgar la escritura pública de capitulaciones matrimoniales; así como tampoco consta informe médico sobre la actuación del medicamento y dosis necesarias para provocar el efecto pretendido, siendo de destacar también la condición de médico del recurrente en orden a la posibilidad de solventar cualquier duda sobre el efecto de la ingestión de cualquier medicina e incluso de detectar su administración subreptica.

2. *En el ejercicio de acciones reales sobre bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, debe demandarse a ambos cónyuges, y si no es así, procede estimar, incluso de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario.*

AP GUADALAJARA, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Sanz Pérez.

Aduce con carácter preferente la parte demandada, que ahora recurre, que de la prueba practicada en las actuaciones ha quedado cumplidamente acreditado que la finca litigiosa, por la que es demandado a título individual, es propiedad en una quinta parte como privativa, pero de cuatro quintas partes como ganancial.

El demandando excepcionaba la falta de litisconsorcio pasivo necesario en base a que como se ejercitaban acciones reales (declaración de medianería, confesorio de servidumbres de luces y vistas) debía haberse demandado a la esposa citando numerosas sentencias que en su criterio apoyan su tesis, S. de 4 de abril de 1988, 17 de marzo de 1990, 25 de enero de 1990, 22 de julio de 1991, 26 de julio de 1993 y 9 de junio de 1994. Examinadas en repertorio clásico es evidente que sobre todo desde la de 25 de enero de 1990, la jurisprudencia ha elaborado un cuerpo de doctrina del que se deduce que *si bien el art. 1385 CC concede a cualquiera de los cónyuges la facultad de defender los bienes y derechos comunes, ello no significa que aunque cualquiera de ellos esté legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar en exclusividad el ejercicio de una acción que por afectar a ambos debió de ser ejercitada contra los dos* (S. de 22 de julio de 1991). La jurisprudencia establece además referida necesidad para evitar el desconocimiento por la posibilidad de confabulación de un

cónyuge respecto del otro (FJ 5.^o de la S. de 4 de abril de 1988).

Todo ello obliga a tener en cuenta la excepción aducida expresamente antes de dictar sentencia, y por lo tanto invocada por la parte recurrente que cuando menos lo verifica en el escrito de alegaciones a la “diligencia para mejor proveer”, máxime que aparecía en la prueba documental y que puede y debe ser tenida en cuenta de oficio por afectar al orden público según reiterada jurisprudencia, el que la relación jurídico procesal quede constituida con todos aquéllos que puedan verse afectados por el alcance de la resolución.

En el caso examinado no cabe duda de que así sucede pues se establecerían cargas reales sobre finca en cuatro quintas partes ganancial y sólo en una quinta parte privativa del demandado, y se produciría afectación de la esposa del recurrente y único demandado, existiendo acreditación documental desde el mismo momento de la contestación a la demanda, aunque en ella no se alegue, pero habiéndolo sido en momento procesal oportuno, porque el art. 342 LEC contiene la expresión “las partes podrán alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia” y como se deriva una imposición parcial de servidumbre, es claro que la alegación que consta fue correcta y temporáneamente aducida y en este trámite, conforme a la jurisprudencia

clásica sobre el litisconsorcio pasivo necesario (SS. de 3 de octubre de 1977, 10 de marzo de 1980, 29 de mayo de 1981 y 31 de octubre de 1985) conforme a la cual el Juez, Audiencia o incluso el Tribunal Supremo puede —en realidad debe—, apreciar de oficio la irregular constitución de la *litis* “aún cuando nadie la haya alegado” y con mayor

motivo en el presente caso en el que sí lo ha sido expresamente antes de dictar sentencia, con constancia documental desde el momento de haberse interpuesto la contestación a la demanda con los documentos acompañados, procediendo por lo tanto su acogida con absolución en la instancia del demandado y sin entrar en el fondo del asunto.

3. *Si se ejercitan acciones reales sobre los bienes gananciales debe demandarse a ambos cónyuges, a diferencia de las acciones personales que se dirigen exclusivamente contra el cónyuge que fue parte en el contrato.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.^a, Sentencia de 28 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

En sede de sociedad legal de gananciales el Tribunal Supremo tiene declarado de forma constante (SS. por citar algunas, 4 de abril de 1988, 25 de enero de 1990 y 27 de noviembre de 1992) el diferente tratamiento, respecto de la necesidad de llamar a ambos cónyuges al juicio, de las acciones personales y las reales, ya que si las primeras tienen como sujeto pasivo a quien fue parte en el contrato, por el contrario, cuando se trata de acciones de naturaleza real, contradictorias o limitativas del dominio, es inexcusable dirigirlas contra ambos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que su ejercicio frente a uno solo, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Aplicando la anterior doctrina al caso, es evidente que si se ejercita una acción de contenido real, como se dijo, pidiendo la retroacción del dominio de la finca desde el consorcio ganancial, que fue quien la adqui-

rió junto con el otro codemandado, deben ser demandados todos sus cotitulares concretamente ambos consortes en cuanto cotitulares de aquél y por tanto condueños del bien que se trata de retraer, y ello aunque formal o externamente fuera adjudicado en la subasta judicial a favor del esposo, pues ya la certificación registral, en la que se inscribía la adjudicación del dominio de la finca, hacía constar la condición de ganancial de dicha adquisición, por lo que tal circunstancia debería ser plenamente conocida por la actora, habida cuenta la publicidad del Registro.

Al no llamarse a la citada, no fue parte en el juicio y por ello no puede afectarle la sentencia que se dicte; en otro caso, se vería condenada a consentir una transmisión de una parte del dominio, que le pertenece, sin haber sido citada ni oída, generándose de esta forma una indefensión, incluso de contenido constitucional.

4. *Para liquidar la sociedad de gananciales procede seguir el procedimiento de testamentaria con independencia de que en la comparecencia inicial no exista acuerdo entre los cónyuges, pudiendo las partes promover el incidente de exclusión o inclusión de bienes.*

AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, Auto de 28 de octubre de 1997.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María José Pueyo Mateo.

Citados ambos cónyuges a comparecencia a fin de que se pusieran de acuerdo sobre el inventario, tasación y adjudicación de los bienes gananciales, y no existiendo acuerdo, por el Juzgado se dictó auto remitiendo a las partes al juicio declarativo que correspondiera al haber ganancial cuya liquidación se pretendía. Contra esta decisión interpuso la representación del esposo recurso alegando la infracción de los artículos 1410 CC y 1066, 1067 y 1068 LEC.

De la sucinta comparecencia que obra en autos no se infiere si el desacuerdo de las partes lo fue respecto al inventario, o si lo fue con respecto a la tasación o si únicamente hubo discrepancia respecto a la adjudicación.

Si bien cabría admitir que la parte promotora de la liquidación acudiera inicialmente al procedimiento declarativo lo que no cabe a juicio de la Sala es que se declare improcedente el proceso de testamentaría y así la STS de 20 de junio de 1987 declaró en un supuesto de liquidación de la Sociedad de Gananciales que aunque es cierto que los litigantes pudieron acudir para todo lo no previsto en los arts. 1392 y ss. CC —sobre formación de Inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicación a los partícipes, y demás que no se halle expresamente determinado— a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, según previene el art. 1410 en relación con el 1059, ambos del texto sus-

tantivo, no es menos cierto que si en la fase inicial de formación de tal inventario era manifiesto el desacuerdo, no existe obstáculo procesal para que la concreción del activo y pasivo de la Sociedad de Gananciales se dilucide previamente acudiendo al juicio declarativo todo ello, claro es, sin perjuicio de que después de fijados de forma definitiva en este proceso de mayor cuantía el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, se proceda en ejecución de sentencia, a falta de acuerdo entre las partes, y con observancia de lo dispuesto en los arts. 1399 y ss. CC por los trámites del juicio de testamentaría, a la liquidación, partición y adjudicación de bienes hereditarios (arts. 1059 y 1410 CC).

En análogo sentido podemos citar la STS de 14 de julio de 1994 de cuya lectura se infiere que ambos procedimientos: el de testamentaría y el declarativo son adecuados. Finalmente ha de citarse la SAP Madrid (Sec. 1.ª) 25 de noviembre de 1995 y la de esta Audiencia (Sec. 4.ª) de 29 de diciembre de 1993 en la que se alude entre otras a la STS de 23 de febrero de 1973 en la que se señala que los herederos no conformes sobre el modo de hacer la partición pueden ejercitar su derecho en la forma prevista en la Ley o en el juicio declarativo ordinario y cita en su apoyo las SS de 14 de febrero de 1912 y 4 de junio de 1959.

Por último ha de consignarse que la Sec. 6.ª de esta Audiencia Provincial en el A. de 18 de noviembre de 1996 al enjuiciar un ca-

so análogo al de autos declaró que “de acuerdo con la remisión que efectúa el art. 1410 CC en lo no previsto en este capítulo, a las normas procedimentales establecidas para la partición y liquidación de la herencia, esto es, las de los arts. 1066, 1067, 1068 y cc. LEC, es por lo que la Sala no comparte el criterio seguido por el Juzgador de 1.ª instancia, toda vez que la aplicación de estos últimos preceptos y consiguiente operatividad de los mismos rige al margen de que en la comparecencia celebrada el pasado 8 de marzo se haya o no alcanzado acuerdo entre las partes en el litigio, ya que de no haber sido así, como acontece en caso de autos, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 1068 del mismo cuerpo legal que ordena convocar a Junta a los interesados y ello porque en dicha Junta los citados pueden

llegar a un acuerdo y de no darse éste, tendría lugar lo que dispone el art. 1069 LEC, si alguna de las partes lo solicitare, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1070 LEC. Por ello, no puede acordarse, en ningún caso, el archivo de los autos, máxime cuando serán las partes las que podrán promover, en su caso, incidente de inclusión o exclusión de bienes. La afirmación que hace el Magistrado de 1.ª instancia, de que el juicio declarativo ordinario sería el mejor modo de dirimir la posible discrepancia (que todavía no es definitiva, como se dijo), al margen de la posibilidad de estar o no de acuerdo con ella, no puede impedir la facultad que tienen las partes de instar dicho declarativo, o por el contrario, seguir los cauces del juicio de testamentaría.

5. *Acreditado en autos que uno de los cónyuges dispuso de cierta cantidad constante la sociedad, su inclusión en el activo en el momento de la liquidación dependerá si dichas cantidades se emplearon o no en atenciones o cargas de la familia, recayendo la carga de la prueba en el cónyuge que dispuso de la misma.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de julio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Por lo que se refiere al motivo por el que se empezó el recurso, la cantidad de 1.400.000 ptas. y rentas por alquileres, procede desestimar este motivo, pues habiendo quedado claro y ya resuelto que el apelante se quedó con 1.400.000 ptas. y con las rentas del alquiler de local comercial; y reconocido por dicha parte tales extremos, que solamente discute que empleó dichas cantidades a atenciones o cargas de la familia; tal afirmación adolece en esta alzada, como ya ocurriera en la instancia, de la necesaria prueba, originándose con ello en el caso

grandes dudas que conforme a la doctrina del “onus probandi” emanada de lo dispuesto en el artículo 1214 del CC a esta parte, ahora apelante, le correspondía desvelar; opacidad por él provocada que en ningún caso le puede beneficiar conforme a reiterada doctrina jurisprudencia surgida de nuestro Tribunal Supremo desde diciembre de 1964 al decir que: “la deficiencia o falta de prueba podrá pesar en el proceso según a quien corresponda la carga de la misma”.

6. *La vivienda comprada antes de contraer matrimonio tendrá carácter ganancial en la proporción que corresponda a los pagos que, constante el matrimonio, se hayan realizado de los préstamos que se formalizaron en el momento de adquirirla.*

AP LAS PALMAS, Sec. 3.^a, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García.

En un incidente de inclusión y exclusión de bienes, se plantea la cuestión de determinar la titularidad de una vivienda. La esposa apelante pretende que se declare en este incidente que el bien debe pertenecer a la sociedad de gananciales, aunque para ello utiliza el argumento en parte contradictorio de la existencia de una copropiedad ordinaria entre ambos cónyuges y la sociedad de gananciales, debido a la aplicación de los artículos 1354 y 1357 del Código Civil. La primera parte del problema no puede ser solucionada aquí por razones procesales: en este incidente se trata sólo de determinar si el bien ha de ser incluido como ganancial o no, o en qué porcentaje es ganancial y en cuál no ganancial. Si, no siendo ganancial en todo o en parte, es privativo del marido, de la mujer, o de ambos en proindiviso ordinario, es materia que sólo puede decidirse en juicio declarativo, como ya señaló acertadamente la resolución apelada.

La vivienda fue adquirida con mucha antelación a la celebración del matrimonio, si bien está admitido que cuando se compró ya convivían los litigantes *«more uxorio»*. La susodicha vivienda fue comprada exclusivamente por el esposo e inscrita registralmente a su nombre como bien privativo. No es posible aplicar a este momento temporal prematrimonial el régimen de gananciales, que no es aplicable a la convivencia prematrimonial, según declara la jurisprudencia del TS verbigracia en STS de 30 de diciembre de 1994. Ahora bien, de las estipulacio-

nes del contrato privado de compraventa se deduce que no todo el precio fue saldado, desde el punto de vista del patrimonio de los litigantes, al contado, sino que una parte fue pagada mediante subrogación en un préstamo hipotecario (1.256.447 ptas.) que no vence hasta enero de 1999, y otra parte, la suma de 1.039.208 ptas., que habrían de pagarse a la entrega de llaves, lo fue mediante un préstamo formalizado el 12 de febrero de 1982 y que se terminó de pagar el 12 de febrero de 1992. Por tanto, aunque desde el punto de vista del vendedor no cabe hablar de compraventa con aplazamiento de pago, desde el punto de vista del patrimonio de los convivientes *«more uxorio»*, luego unidos en matrimonio, el 18 de junio de 1991, una parte del precio estaba pendiente de pago mediante amortización de préstamos, sustancialmente el hipotecario de 1.256.447 ptas., y el resto no amortizado del que cubría el importe de 1.039.208 ptas. *Dado que el Código Civil presume en el artículo 1361 la condición de gananciales de los bienes — por tanto del dinero— cuya privacidad no quede demostrada y que no se ha demostrado realmente el origen privativo del dinero con el que se saldaron las deudas de los préstamos una vez celebrado el matrimonio (al contrario, parece demostrado que se pagó con dinero ganancial, ya que gananciales son las rentas de trabajo que eran la fuente de ingreso de la cuenta corriente en que se amortizaban los pagos), hay que entender que el bien es ganancial en la parte*

reseñada, es decir, en el porcentaje que corresponde al pago de los préstamos una vez celebrado el matrimonio. No puede pretenderse, como parece hacer la sentencia apelada, que dado que al vendedor se le pagó totalmente el precio antes del matrimonio no hay pago “constante matrimonio” del piso, ya que, como señala la STS de 31 de octubre de 1989 las amortizaciones de una hipoteca a una entidad bancaria, y los pagos de una compraventa aplazada son equiparables a estos efectos, en aras de una justicia material rectamente entendida. Todo ello, natu-

ralmente, en aplicación de la regulación del Código Civil ya expresada para la vivienda familiar que hace ganancial aquella parte del bien pagada con dinero ganancial aunque dicho bien haya sido adquirido antes del nacimiento del régimen de ganancialidad. En ejecución de sentencia tendrá que concretarse la determinación del porcentaje de ganancialidad del bien, atendidas las bases ya señaladas, o sea, el montante de las amortizaciones de capital pagadas en estado de casados con relación al precio total de la vivienda.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Pese a los intentos de la entidad pública, no procede acordar el reintegro de los menores con sus progenitores cuando estos no han superado su problema de alcoholismo.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Ciertamente loable la lucha y deseo de la madre de recuperar a sus hijos; pero tal pasión le impide ver la cruda realidad de los autos que impiden en aras al principio básico en esta materia del “*bonum filii*” atender a su pretensión. *El órgano “a quo” correctamente, en unos breves fundamentos jurídicos, no haría falta abrir más la herida, toca todos los puntos; así, la buena actuación a lo largo del expediente de la CAM ante la mala situación de los menores, sometidos en ocasiones a malos tratos; los graves problemas de sus progenitores con el alcohol que no solo arruina sus propias vidas, como consta en autos, sino que le impide cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad; los intentos de la CAM de en ocasiones reintegrar a los menores con sus padres; intentos fallidos al no superar éstos sus problemas; y las últimas decisiones con miras*

de futuro para evitar riesgos al no ofrecer la actora garantías. Se debe confirmar el auto recurrido y se alaba el gusto del órgano “*a quo*” de no ahondar folio por folio en la realidad encerrada en el presente expediente si partimos de la base de que incluso alguno de los hijos presentaba ya síndrome alcohólico fetal. Por otro lado, y terminamos, nótese, que la dirección letrada apelante, como no podía ser de otra manera, más que atacar la actuación de la CAM y de las resoluciones adoptadas; y lejos de referirse a la resolución judicial apelada; aboga utópicamente al deseo de proteger a las familias originarias y facilitar a estas los medios precisos para su desarrollo; lo que no está en manos del Poder Judicial a través de los recursos; animándose a la actora a que en buena hora formule sus pretensiones en este sentido ante los organismos pertinentes.

2. *Procede dejar sin efecto la declaración de desamparo y reintegrar al menor a su familia biológica, debiendo prestarse las ayudas psico-sociales, personales y económicas que sean necesarias por parte de la Administración.*

AP TARRAGONA, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Jareño Cortijo.

Siempre será un problema de difícil solución, decidir si cuando la situación de desamparo del menor es debida a deficiencias físicas o psíquicas y sobre todo a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor arrebatarlo de su familia biológica y entregarlo a otra, que sin duda tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero, que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre y con base en ellos el cariño tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos. Por ello se entiende que *la primera medida del artículo 5.º de la ley de protección de menores*

desamparados debe ser la aplicada, mediante la atención y cuidado en la propia familia del menor, con ayudas de soporte psico-social, de aspecto personal o económico de la Administración, procurándose siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su entorno familiar natural, si conviene al interés del menor; todo ello sin perjuicio de que si las medidas tomadas no dieran el resultado apetecido en un tiempo prudencial, lo que dependerá en gran medida de la familia biológica del menor, que con tanto empeño lo reclaman, tenga que tomarse por dolorosa y traumática que resulte la medida, hoy rechazada de acogimiento familiar preadoptivo.

3. *La abuela biológica de la menor no tiene legitimación para instar la revocación de la declaración de desamparo, pero sí en cambio para solicitar, por vía del art. 158 del CC, la guarda y custodia de la misma.*

AP ALAVA, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Medrano Durán.

Instada por la abuela biológica de la menor expediente de jurisdicción voluntaria frente al Consejo del Menor de Alava en oposición a la tutela constituida sobre su nieta y en solicitud de la guarda y custodia de la misma, quien se encuentra acogida en un centro, el juzgado de instancia aceptó la

excepción procesal de falta de legitimación activa.

Expuesta así la cuestión suscitada debe abordarse el tema de la falta de legitimación activa, desde la doble pretensión que se postula por la demandante: la revocación de la

tutela y la solicitud de guarda o acogimiento de su nieta. *Respecto de la primera alegación ex 172.1.º y 6.º CC se comparte el criterio del juzgador «a quo» en el sentido de que corresponde a los progenitores de la menor y al Ministerio Fiscal (art. 174.1.º CC) en exclusiva la legitimación para impugnar la declaración de desamparo y asunción de la tutela automática, en la medida de que aquéllos resultan afectados por la expresada declaración y ven limitados sus derechos de suspensión de la patria potestad y guarda de su hija. Sin embargo, y dicho ello, no obstante, también, la apelante en base al art. 158 del CC, se encuentra legitimada para autoproponerse como guardadora o acogedora de su nieta, ya que el expresado precepto legal debe entenderse en un sentido más amplio que favorezca el interés de parte “strictu” procesal, al permitir que el Juez de oficio a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal puedan intervenir en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda, para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria.*

Apreciada la legitimación limitada de la impugnante conforme a lo anteriormente expresado, dentro de cuyo ámbito necesariamente ha de pronunciarse la Sala, es visto que el juzgador «a quo» debió de haberse pronunciado sobre la petición de la actora en solicitud de la sustitución de la guarda y custodia de la menor que mantiene el Centro de Acogida desde la declaración legal de desamparo.

El mantenimiento de la situación de tutela legal, ciertamente no impide la adopción de una resolución como la ejercitada por la actora en orden a la guarda y custodia de su

nieta. Es cierto que la demandante acredita capacidad económica y patrimonial. También haberse opuesto a la tutela y acogimiento institucional de su nieta inmediatamente a la resolución administrativa, iniciando el correspondiente expediente ante el órgano tutelar jurisdiccional, que paralizó la resolución del mismo ante la presente intervención judicial de la impugnante. Y, asimismo, la prueba testifical de la asistente social señora N. y la vecina de la actora señora G. patentizan no sólo el interés y preocupación de la accionante por su nieta, sino también su personal capacidad moral para llevar a término tal fin.

Sin embargo las razones expuestas —que avalarían «a priori» un pronunciamiento favorable de la Sala, en el sentido pretendido por la impugnante para variar la situación de guarda y custodia de la menor— no resultan suficientes. En efecto, el deseo de la actora obedece a una situación legal sobrevenida necesaria; la valoración de la pretendida sustitución de la guarda ha sido interrumpida por la paralización del expediente llevado a término por la Institución competente a causa de la demanda deducida. Esta falta de pronunciamiento impide conocer, y no existe prueba al efecto, respecto de la incidencia que para el interés de la menor pueda suponer la convivencia de los progenitores en el domicilio de la actora, que se deduce del escrito de interposición de la demanda. Y es por ello que se rechaza también dicho pedimento supeditado a la resolución que con urgencia y sin demora, a partir de esta resolución, debe adoptar el Consejo del Menor conforme a la solicitud deducida por la recurrente ante el expresado órgano por escrito de 22 de enero de 1997, frente a cuyo pronunciamiento, de no ser conforme a su petición la demandante podría efectuar la oportuna reclamación en vía jurisdiccional.

X. FILIACION

1. *El supuesto padre biológico sin posesión de estado está legitimado en todo momento para reclamar su paternidad y para impugnar la contradictoria, sin embargo, esa falta de posesión de estado debe ser tenida en cuenta en el momento de la valoración de la prueba.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

El actor formula acumuladamente acción de reclamación de paternidad no matrimonial y de impugnación de la matrimonial que consta inscrita en el Registro Civil del menor A, con base a los arts. 39 de la Constitución y 127, 133 y 134 del CC, alegando como única circunstancia que le legitima para su ejercicio la sola realidad biológica de su paternidad, sin hacer mención a posesión de estado alguna.

Los demandados don L.A. y doña E., que conviven tras haber contraído matrimonio, nacido ya el menor, con el que forman una familia estable, negaron la falta de legitimación activa del demandante como primer motivo de oposición, y en segundo lugar niegan la realidad de la paternidad que el actor se atribuye en la demanda.

Respecto a la primera cuestión, alegan los demandados que el artículo 133 del Código Civil limita el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando no exista posesión de estado en el actor, a la persona del hijo, a diferencia del artículo 131 del Código Civil, que la extiende a “toda persona con interés legítimo”, cuando media aquella situación, y que, por ende, el actor, padre biológico que ni tan siquiera la invoca, no puede reclamar su paternidad ni impugnar la matrimonial contradictoria. La Juzgadora de primer grado rechaza el primer motivo de oposición. Para ello acude a la constante jurisprudencia que

desde la sentencia de 23 de febrero de 1990, viene sosteniendo en contra la doctrina mayoritaria, y en pro de la efectiva investigación de la paternidad proclamada en los artículos 39 de la Constitución española y 127 del Código Civil, que la legitimación que parece negar el artículo 133 del Código Civil es reconocida en el artículo 134 del Código Civil, y que por ello el padre biológico está legitimado en todo caso para reclamar su paternidad y para impugnar la que la contradiga, ostente o no la posesión de estado (SSTS de 23 de febrero de 1990, arriba citada, 8 de julio de 1991, y 24 de junio de 1996, por citar alguna de las más explícitas), y esta Sala no va a poner en cuestión tal criterio, dada la reiteración y contundencia de los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

En cuanto a la cuestión de fondo, tanto la doctrina como la Jurisprudencia han venido destacando al unísono la importancia de la posesión de estado como criterio que informa las acciones de filiación, y ello por cuanto que es fin perseguido por el ordenamiento tratar de acompasar la realidad sociológica con la biológica (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991). Tal criterio es sin duda el que ha movido al Tribunal Supremo a pronunciarse por la flexibilidad de interpretación del artículo 133 del Código Civil que proclama expresamente, y no es baladí destacar en apoyo de tal aseveración, cómo tal doctrina jurisprudencial se

ha ido construyendo sobre supuestos en que no existe posesión de estado de padre matrimonial contradictoria frente a la reclamada, y que la primera vez que el Tribunal Supremo se ha enfrentado con una reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado frente a una matrimonial con ella — supuesto que ciertamente no está previsto expresamente en el Código Civil— se ha decantado por la confirmación de la sentencia desestimatoria de instancia, al exigir una rigurosa acreditación de la filiación reclamada “por muy fornido —dice— que sea el objetivo de los tiempos presentes de prevalencia de la apoyatura de la verdad biológica” (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991, ya citada).

Por decirlo de otro modo, excluida la protección la posesión de estado a través de la limitación de legitimación activa que propugna la doctrina como interpretación más válida del Código Civil, la jurisprudencia parece haber optado por desplazar el centro de gravedad de tal protección a los criterios que han de regir la valoración de la prueba con que se pretenda discutir. No puede valorarse del mismo modo la prueba tendente a obtener el reconocimiento de una paternidad biológica que coincide con una posesión de estado que proclama la paternidad que se ejerce efectivamente, que la que persigue afirmar una realidad frente a otra que por hallarse manifestando de forma tan vehemente debe tenerse en principio por cierta.

Es imbuida de tal pensamiento (exacerbado por la falta de atención del actor para con quien ahora reclama como hijo desde su nacimiento, ocurrido según el mismo dice cuando había terminado toda relación con la demandada, sin que corresponda analizar ahora si obedece al detallado historial policial del actor unido a los autos), cómo esta Sala acomete la valoración de la prueba que tuvo lugar en los presentes autos, detenidamente analizada por la juzgadora de primer grado, y las consecuencias que deben de seguirse de la negativa de los demandados a someter al menor a las pruebas biológicas

que fueron acordadas en ambas instancias hasta un total de tres ocasiones (15 de octubre de 1996, en primera instancia, y 26 de febrero de 1997 y 17 de marzo de 1997, ya en segunda instancia), analizada en relación con la explicación de tal proceder dada por los padres.

Es cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, afirma que tal negativa desplaza la carga de la prueba a los demandados, de tal modo que la falta de acreditación de la filiación real se traduciría en la estimación de la acción ejercitada, pero ello sólo es así cuando aquella conducta no está justificada, cual ocurre cuando no existen indicios probatorios bastantes que la justifiquen. Pues bien, ni la testifical practicada, por ser contradictoria la de ambas partes, y de referencia en la mayoría de los casos, como con acierto evidencia el detenido estudio que se contiene en la sentencia de primera instancia y que esta Sala asume, ni la única documental practicada, consiste en una sola fotografía del menor en los primeros años de vida con una nota manuscrita del actor dirigida a la madre de éste, por su poco significado objetivo en cuanto a la paternidad se refiere son elementos de prueba con suficiente carga indiciaria de la paternidad como para permitir la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, al menos desde la perspectiva que hemos anunciado debe ser adoptada para su valoración.

Dicha visión ha de desplegar efectos también en cuanto a la valoración de otras explicaciones en justificación de la negativa, lo que junto a la endeblez de los indicios probatorios, hacen convincente la dada por los padres demandados de evitar tal trance al menor dada su edad —ocho años— siendo de destacar asimismo, que en lo demás, los demandados adoptaron una actitud participativa en el procedimiento, prestándose a absolver las posiciones que les formuló el actor, por lo que no estamos en el caso extremo contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1996.

2. *La negativa a someterse a las pruebas de paternidad constituye un indicio muy cualificado, pero debe completarse con otras pruebas que sean absolutamente definitivas y conduzcan directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad.*

**AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 31 de diciembre de 1997.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.**

Ejercitada una acción de reclamación de paternidad, la Sala, tras valorar en su conjunto las pruebas practicadas en la primera instancia, llega al mismo razonamiento lógico-jurídico que llevó a la estimación de la pretensión deducida.

La negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, no como una *ficta confesio*, aunque precisamente por cuanto en su sentido positivo con las modernas técnicas periciales, puede llegarse a una certidumbre del 99% y a un 100% en orden a descartar, la paternidad, unida a su inocuidad, sí debe tener el valor de un vigoroso o muy cualificado indicio, que acompañado o completado con las restantes pruebas indirectas pueden formar convicción en el Juzgador, en aras del conocimiento de la paternidad discutida. Ahora bien, *es igualmente preciso que las pruebas que deben contratarse con la negativa al sometimiento a la prueba biológica sean absolutamente definidas y conduzcan directamente al Juzgador al convencimiento de la paternidad, es decir, un bagaje definido e inequívoco y no susceptible de meras conjeturas, que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal sobre la que no puede esperarse una prueba plena y directa (SSTS de 28 de junio*

de 1991, 17 de marzo de 1992, 4 de febrero de 1993, y 30 de abril de 1992)

El indicado vigoroso indicio de paternidad, derivado de la negativa al sometimiento a la prueba biológica, complementado con la documental, referida a las fotografías obrantes en autos; a la posesión por parte de la accionante de las facturas de hotel emitidas por la estancia de dos personas en sus instalaciones, a nombre del demandado; a la certificación confeccionada por el “Grupo Iberia Líneas Aéreas de España, SA”, en la que se constata la expedición de dos pasajes de vuelo Barcelona-Ibiza, ida y vuelta, en favor de la demandante y demandado, en fecha de finales de julio de 1991; determinan, junto a las demás apreciaciones contenidas en los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, la acreditación de relaciones íntimas entre las partes durante los años de 1991 y 1992, de las que se derivó el nacimiento de la menor. En suma se arriba a tal convencimiento, ante los razonables indicios de intimidad entre las partes litigantes, y la negativa del demandado al sometimiento a la prueba biológica, privando de un medio concluyente para el logro de la verdad material, valorándose el alcance de tal negativa conforme al criterio jurisprudencial reverenciado.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *La regulación de forma consensual de las relaciones habidas en una unión de hecho debe tramitarse por el cauce de la jurisdicción voluntaria.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

La representación de D. Bernardo y de D.ª Mónica solicita, por el anómalo trámite combinado del juicio de menor cuantía y disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1981 la aprobación del Convenio presentado; y el Ministerio Fiscal, en informe, contestando al órgano judicial sobre competencia y tramitación, indica que el procedimiento a seguir es el de menor cuantía; y así lo hace el órgano “*a quo*” que sigue escrupulosamente dicha tramitación; y el Ministerio Fiscal contesta a la demanda y se celebra la comparecencia prevenida en los arts. 691 y siguientes de la L.E.C. en la que la parte demandante se afirma y ratifica en su demanda y pide el recibimiento del pleito a prueba y el Ministerio fiscal no comparece al acto; y recibido el pleito a prueba por ocho días comunes para las partes, ni la demandante ni el Ministerio Fiscal proponen ninguna, dictándose correctamente y sin más trámites la pertinente sentencia.

La parte actora concurre a esta alzada a solicitar la nulidad de actuaciones y que las mismas se retrotraigan a la comparecencia prevista para el juicio de menor cuantía al objeto de que las partes apelantes puedan ratificarse en el Convenio presentado y tras ello, el órgano “*a quo*” apruebe el mismo pues al no existir tramitación especial al respecto debió estar a la voluntad de las partes.

Por su parte el Ministerio Fiscal, al adherirse al recurso interpuesto de contrario, solicita la nulidad de actuaciones, o aprobar el Convenio presentado, o abrir el cauce oportuno de la disposición adicional 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 o el juicio de menor cuantía.

Ciertamente el tema planteado en la instancia era original pues lo pretendido, al no ser las partes cónyuges no entraba dentro de las disposiciones de la ley de 7 de julio de 1981 previstas para la cesación de la convivencia, rompimiento del vínculo o nulidad matrimonial; no se trataba tampoco de la cesación de la convivencia “more uxorio” para cuya regulación de sus efectos bien pudiera aplicarse, y así se viene haciendo, el juicio declarativo ordinario de menor cuantía; se trata de la pretensión de aprobación de un Convenio con respecto al nacimiento de un hijo habido de las relaciones entre D. Bernardo S. y D.ª Mónica M., para lo cual hubiera sido válida la institución de la transacción extrajudicial de no dudar las partes en llevarse bien siempre con respecto al hijo de ambos, o la transacción judicial por los trámites de la jurisdicción voluntaria como dispone el art. 1811 de la LEC al solicitarse la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

2. *A falta de una norma específica que regule la competencia territorial para el conocimiento de las demandas de una unión de hecho, resultan aplicables por analogía las normas contenidas en la disposición adicional tercera de la Ley 30/81, de 7 de julio.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de enero de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco.

Solicitada por la parte demandada, ahora apelada, que el Juez “*a quo*” se declare incompetente para conocer de los autos en que se ventilan una serie de medidas afectantes al hijo común de los litigantes, por entender que la competencia territorial no corresponde a los Juzgados de Madrid capital, por tener su domicilio habitual en la localidad de Valdemorillo (Madrid), apoyando tal pretensión en el artículo 63.21 de la LEC. Ello sin embargo no ha de provocar la estimación de la pretensión esgrimida por dicha parte demandada, y que fue estimada por el Juez de instancia en la resolución ahora impugnada al declarar que “este juzgado no es competente por razón del territorio para conocer la cuestión planteada, por inaplicabilidad al caso de las normas sobre competencia territorial establecidas en la Disposición Adicional tercera de la Ley 30/1981, sino las generales del artículo 62 de la LEC por defecto de norma especial reguladora de la competencia territorial”. Y no es aceptada y estimada dicha pretensión, conforme este Tribunal por cuanto la *litis* entablada no es estrictamente alimenticia (a la que sí sería aplicable la norma 21 del artículo 63 de la LEC), al debatirse igualmente, según la súplica del escrito rector de aquellas cuestiones tales como la custodia del hijo común de las

partes en conflicto y todo lo demás que en justicia proceda, que ante tal complejo contenido, *no existe una norma específica sobre la competencia territorial para conocer del proceso lo que obliga a una indagación de normas que regulan supuestos no idénticos pero si análogos, y que ello conduce a la disposición adicional 3.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio que regula la competencia territorial en los pleitos matrimoniales y en los que se ventilan o puede hacerse, cuestiones idénticas a la presente litis afectantes a la prole habida de la unión matrimonial, en cuyos supuestos incumbe la competencia territorial al Juez del domicilio conyugal o el del domicilio del demandado, a elección del actor. No existe pues mayor inconveniente a falta de una regulación específica en la materia, en la aplicación de la indicada normativa, máxime cuando el artículo 39 de la Constitución consagra el principio de plena igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, lo que puede conducirnos, sin mayor obstáculo legal a la aplicación a supuestos como el hoy debatido de las normas procesales y competenciales prevenidas para los pleitos matrimoniales, quedando acreditado por otra parte, sin contradicción de contrario que el domicilio común estuvo en Madrid.*

XII. EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIASTICAS

1. *Procede mantener la pensión compensatoria impuesta en la sentencia de divorcio, si bien con carácter de indemnización, a pesar de haberse declarado la eficacia civil de la nulidad eclesiástica.*

AP VALENCIA, Sec. 9.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mercedes Boronat Tormo.

Acordada la homologación civil de la sentencia de nulidad eclesiástica, la apelante solicita el mantenimiento de los efectos económicos que se acordaron en el procedimiento de divorcio.

Antes de conocer de esta pretensión debe hacerse alguna breve matización, en este caso, sobre el alcance y valor de las declaraciones que realizan los Tribunales eclesiásticos en el ámbito de calificación de conductas trasladadas al ámbito civil, partiendo de la carencia de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos en este ámbito jurisdiccional a partir del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, pues en base a los principios constitucionales antes mencionados, trasladar en su integridad las declaraciones canónicas al campo del derecho civil implicaría una discriminación incompatible con el principio de tutela judicial efectiva, máxime en un caso como el presente en que al haber precedido a la resolución canónica un procedimiento civil que acordó la disolución del vínculo conyugal, instado por la misma persona que la acción de nulidad eclesiástica, parece pretender hurtarse, con este segundo procedimiento, la autoridad y la competencia del Juez ordinario predeterminado por la ley. Y la anterior introducción nos lleva a las consideraciones obligadas para resolver si procede la indemnización prevista en el artículo 98 del Código Civil, única posibilidad tras la refor-

ma de 7 de julio de 1981, a pesar de la remisión formal del artículo 97 del mismo Código, pues la exigencia de buena fe en el cónyuge que la solicita, y la consecuente falta de dicha buena fe en el otro, resultan de necesario análisis para apreciar la subsistencia o la declaración de dichos efectos económicos.

La indemnización, consecuente de la declaración de nulidad conyugal, no es de naturaleza alimenticia, sino que implica una reparación económica que pretende equilibrar los desajustes que puede ocasionar la desaparición de un proyecto de vida en común, que no ha llegado a consolidarse. Su finalidad se proyecta, también, en un intento de reducir las distancias económicas que puede provocar la disolución del vínculo conyugal, intentando paliar las consecuencias de renunciaciones laborales o profesionales de imposible recuperación. Por ello, a pesar de la mencionada exigencia de buena fe de quien cree tener derecho a ella, su naturaleza no es sancionadora sino reparadora, pues en materia de sanciones puede quedar aún libre la posibilidad de acudir a la vía del artículo 1902 del Código Civil.

Entrando a analizar la existencia o no de buena fe en la solicitante, respecto a la nulidad de su matrimonio debemos claramente rechazar las manifestaciones que hace el tribunal eclesiástico, que a pesar de declarar la nulidad exclusivamente por “exclusión de la

indisolubilidad por parte del esposo”, sin embargo no declara a la señora C. cónyuge de buena fe, en base al supuesto conocimiento por su parte de la ideología y mentalidad de su cónyuge, pues ello implica involucrarla, por vía de negar su inocencia, en la causa de la nulidad. Entendemos que dentro del ámbito civil que nos es propio, si la causa de una nulidad tiene un claro componente: de voluntad, ésta deberá entenderse como meramente personal de quien actúa, por ello, a pesar de no existir causa similar en nuestro derecho civil que nos permita identificar con claridad entre la declarada eclesiásticamente y alguna de las mencionadas en el artículo 73 es procedente estimar que sólo es atribuible dicha nulidad a quien ac-

tuó con dicho defecto, admitido y asumido con la propia presentación de la demanda de nulidad donde así se recogió. A lo anterior debe esta Sala añadir, *que la conducta procesal del señor B., que parece más dirigida a privar de efectos a la sentencia de divorcio que él mismo solicitó, que a conseguir una simple declaración de nulidad conyugal, constituye un argumento a añadir al inicial convencimiento de su mala fe, en sentido legal, que posibilita el mantenimiento de la prestación económica ya declarada en la vía civil a favor de la apelante, si bien con el carácter de indemnización y en base a lo previsto en el artículo 98 de nuestro CC.*

2. *No procede conceder efectos civiles a la sentencia canónica que declara nulo el matrimonio por vicio en el consentimiento, puesto que no puede equipararse con la inexistencia del consentimiento prevista en el art. 73.1.º del Código Civil.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 2 de enero de 1998.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mireia Salva Cortes.

El actor y apelante, formuló demanda instando ante el Juzgado, en base al artículo 80 del Código Civil, la declaración de efectos civiles de la sentencia pronunciada por el Tribunal Eclesiástico de Barcelona, por la que se declaraba nulo por vicio de consentimiento el matrimonio canónico celebrado, solicitándose en definitiva la convalidación de la nulidad canónicamente decretada, otorgando a la misma efectos civiles y anotándose en el Registro Civil.

El tema central a resolver en el presente recurso, lo constituye el determinar si el contenido dispositivo de la resolución canónica —nulidad de matrimonio— tiene el correspondiente equivalente en el Derecho del

Estado —artículo 80 del Código Civil—, condición y requisito esencial de su plenitud de eficacia y ejecutoriedad, ya que, si bien, los contrayentes en forma canónica gozan de la facultad de acudir a la jurisdicción eclesiástica a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico a los efectos de obtener una declaración de nulidad, ello no puede comportar derogación o inoperancia del derecho estatal, al que por razón de su propia nacionalidad, están sometidos, máxime en cuestiones de *ius cogens*, según es de ver de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981 “el ejercicio de la potestad jurisdiccional por imperio del artículo 117.3 de la Constitución, si la decisión ecle-

siástica, resulta ajustada al Derecho Estatal, de naturaleza necesaria y obligado acatamiento...”.

Afirmada la plenitud jurisdiccional tanto del órgano *a quo* como del Tribunal, la cuestión es si la proyección civil de la sentencia invocada es perfectamente subsumible en la concreta regulación del derecho estatal, o no, resultando evidente cual acertadamente se concluye en primera Instancia, que *entre el vicio del consentimiento que canónicamente es causa suficiente de nulidad y su inexistencia que conforme al núm. 1 del artículo 73 del Código Civil configura la causa de nulidad, no existe la necesaria identidad, al resultar el vicio, concepto mucho más amplio y relativo que la ausencia o carencia total de la voluntad, que en definitiva se contiene en el consentimiento.*

Dentro del sistema de nuestro Código Civil referente a la contratación —y el matrimonio civil no deja de ser un contrato aún

cuando con características identificadoras— existe una absoluta diferenciación entre vicio o defecto de consentimiento, y carencia del mismo; los primeros —error, violencia intimidación o dolo, artículo 1265 del Código Civil— estructuran una acción de nulidad del contrato, en cuanto inciden sobre la validez y plenitud intelectual del consentimiento, mientras que la falta de éste comporta conforme al artículo 1261 del Código Civil la propia inexistencia del contrato, de aquí deriva que *pretender identificar en sus efectos constitutivos contrarios al vínculo, el simple vicio con la falta de consentimiento, representa una impropia distorsión del Derecho del Estado, incompatible con el contenido del artículo 80 del Código Civil que subordina la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos, a su previa declaración de ser ajustadas al derecho nacional; lógica consecuencia de lo expuesto, es la plena confirmación de la sentencia apelada.*

XIII. SUSTRACCION DE MENORES

1. *No procede la restitución del menor, ya que cuando el Tribunal extranjero en el año 1995 dictó la resolución acordando la guarda y custodia a favor del padre, el menor y la madre ya vivían en España desde el año 1994 y por otro lado, sería perjudicial para el menor.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de junio de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.

Concurre a esta Sala la Abogacía del Estado a solicitar la revocación del auto de fecha 26 de diciembre de 1996 y para que la Sala, en su lugar ordene la restitución del menor con su padre al haberse dado en el caso, en opinión de esta parte, un traslado ile-

gal y siendo que el retorno del niño a Holanda no debe suponer para el mismo grave riesgo, al menos ello no se desprende del expediente; y dicha restitución del menor con su padre no debe prejuzgar a quién se debe dar la guarda y custodia que es tema que se

deberá tratar en el lugar de residencia del menor antes del traslado. Frente a tal pretensión, la parte apelada solicita la íntegra confirmación del auto de instancia pues el menor siempre ha estado con su madre, perfectamente adaptado en España, no conoce el idioma holandés y tiene muchos amigos aquí.

El art. 3 del Convenio de 25 de octubre de 1980, ratificado por Instrumento de 28 de mayo de 1987 sobre Sustracción de Menores, establece los supuestos para considerar ilícito el traslado o retención de un menor como la infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Pues bien, esto no ha sucedido y ya tenemos aquí la primera argumentación en contra de la pretensión de la Abogacía del Estado y matización al órgano “a quo” en su fundamento jurídico primero, ya que en efecto, *son varias las veces que la madre vino con su hijo a España pero cuando lo realizó de manera definitiva en febrero de 1994 aún no se había constituido a favor de ninguno de los progenitores una guarda y custodia y la tutela conferida al padre se resolvió por el Tribunal de Distrito de Amsterdam, Sala Sexta Unipersonal el 17 de mayo de 1995. Es decir, ni estaba atribuida una custodia a favor del padre, ni la ejercía ni la podía ejercer cuando se produjo el traslado al no existir resolución que lo amparase.*

Si ya lo que antecede sería determinante para desestimar el presente recurso de ape-

lación; a los meros efectos dialécticos y suponiendo un traslado o retención ilícito, serían de aplicación las excepciones de los artículos 12 y 13 del citado Convenio pues gracias a la solicitud de cooperación jurisdiccional promovida por la Abogacía del Estado se ha incoado procedimiento en el que se ha practicado prueba en la que se desprende de manera clara, rotunda e indubitada, que *no procede la restitución y sí, en cambio la confirmación del auto de instancia de 26 de diciembre de 1996: a) No se trata de cualquiera, sino de una madre que se ha traído a su hijo que por cierto, siempre lo ha tenido consigo; b) Son ya muchos los años transcurridos desde entonces, donde consta que el menor se encuentra perfectamente con su madre, perfectamente en el plano individual, sano y alegre; y perfectamente integrado en su entorno social y escolar; c) El propio menor no desea cambiar de situación, se encuentra bien, no conoce realmente a su padre, son fuertes los rechazos y reacciones contra éste cuando lo ve; y c) Existen en el procedimiento varias pruebas periciales que avalan cuanto antecede.* Así, informe pericial social de fecha 3 de octubre de 1996 que indica que el hijo “no quiere ver a su padre”; dice que: “no le conoce”, “que no se acuerda ni quiere acordarse” y al verle le da la espalda, llora y grita. Se termina, informando que no se llegó a una aproximación mínima por la falta de implicación del menor. Existe informe pericial psicológico, extenso e intenso de contenido, de fecha 9 de octubre de 1996, cuya sola lectura evita cualquier comentario y que avala la confirmación del auto recurrido en apelación.

2. *No habiéndose acreditado la integración de los menores en su nuevo medio de forma beneficiosa para ellos, procede decretar su reintegro al padre en su país de origen.*

AP BARCELONA, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eloy Mendaña Prieto.

Denegada la petición efectuada por el Abogado del Estado de reintegración a su país de origen de dos menores de nacionalidad polaca que se encuentran en España en virtud de la ilegal sustracción de los mismos realizada por la madre, el auto que ello acuerda es impugnado en esta alzada por el Abogado del Estado y defendido por el Ministerio Fiscal, alegando el primero que en el presente caso no concurre causa alguna de excepción a la obligación de reintegración y defendiendo el segundo que existe la excepción aplicada por el Juez «*a quo*».

Se reproduce así en esta segunda instancia la contienda que enfrenta a los dos representantes del Estado español y que tiene su origen en la petición efectuada, dentro del marco del Convenio XXVIII de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 por las Autoridades de la República de Polonia a las correspondientes del Reino de España para la reintegración a aquel país de dos menores cuya madre los había sustraído ilegalmente desde el lugar (Milán, Italia) donde transitoriamente se encontraban y trasladado con ella a España. Los mencionados menores han nacido dentro del matrimonio contraído por la madre con el padre, ambos de nacionalidad polaca, teniendo los dos la patria potestad compartida sobre dichos menores según su legislación nacional, si bien los mismos se encontraban bajo la guarda efectiva del padre como consecuencia de la separación matrimonial de hecho, aun cuando el padre ha instado después de la sustracción demanda

civil para obtener judicialmente la custodia de los mismos.

Ninguna de las partes de esta contienda duda de la ilegalidad de la sustracción de los menores realizada por la madre, pero la disputa se centra en la existencia o no de la excepción contemplada en el artículo 12 del señalado Convenio, esto es, la demostración de que los menores “han quedado integrados en su nuevo medio”.

Prolegómeno del examen sobre la concurrencia o no de esta excepción ha de ser el señalar que el repetido Convenio de La Haya se inspira en el principio prevalente del “interés del menor”, al igual que lo hacen otros convenios y declaraciones internacionales y este principio ha de ser tenido en cuenta tanto para interpretar la excepción que se dice aplicable en el presente caso como para valorar los hechos que fundamentan dicha excepción. Este principio puede configurarse —tomando como base lo dicho en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que “el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”— como equivalente al bienestar físico, moral, intelectual y social, y, en definitiva a la garantía de la formación y desarrollo integral del menor.

Lo único que consta en autos, en los que no ha comparecido la madre, para accredi-

tar la realidad de la excepción al retorno son sendas exploraciones de los menores, que cuentan doce y nueve años de edad, y las declaraciones de la madre y su compañero, de nacionalidad española, con los que conviven desde la sustracción, y ni de aquéllas ni de éstas se puede deducir lógicamente que los menores «han quedado integrados en su nuevo medio» de forma beneficiosa para ellos. En efecto, en las exploraciones los menores manifiestan genéricamente y de forma concorde que se encuentran bien en España, van a la escuela y tienen muchos amigos, concordancia que se toma sospechosa de ser producto de una manipulación cuando se refieren a sus relaciones con el padre, con la madre y con el actual compañero de ésta, así como también con el resto de la familia; a su vez, las declaraciones de la madre y de su compañero —obviamente interesadas— realmente nada dicen en concreto sobre la integración de

los menores a su nuevo medio, aunque la madre reconoce en su declaración que desde la separación matrimonial, en el año 1988, los menores, han estado a su cuidado, por lo que el hecho de la actual convivencia debe considerarse también como parte del nuevo medio, familiar y social, de los menores.

Este Tribunal no puede afirmar con tan endeble y poco fiables manifestaciones que los menores han quedado integrados en su nuevo medio de forma beneficiosa para ellos, por lo que se ha de concluir señalando que no concurre la causa impeditiva de la restitución apreciada por el Juez «a quo» y defendida en esta alzada por el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia, se ha de apreciar el recurso de apelación sostenido por el Abogado del Estado y dar lugar al reintegro de los menores a su padre en su país de origen.

XIV. TEMAS PENALES

1. *No procede condenar por vía del art. 622 del Código Penal a la madre que no se encontraba en su domicilio, sin causa justificada, cuando el padre debía ejercer el derecho de visitas.*

AP CORDOBA, Sec. 3.^a, Sentencia de 23 de marzo de 1998.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

Tiene razón la parte recurrente cuando acude al principio de legalidad, y podríamos decir de tipicidad, en el sentido de que no se pueden perseguir penalmente conductas no previstas por la ley ni hacer una interpretación extensiva de ella.

La sentencia de instancia condena a la recurrente en aplicación del art. 622 del CP por no haber estado en su domicilio, sin causa justificada, en dos ocasiones a fin de que el padre ejerciese su derecho al régimen de visitas de los hijos acordado por resolución judicial.

Es cierto que el citado precepto legal sanciona el quebrantamiento de las resoluciones judiciales en materia de guarda y custodia de menores, pero bien entendido que sólo y exclusivamente cuando se trata de las conductas que tipifica, a saber, que se “apodere” del menor, que lo “saque” de la guarda establecida y finalmente que “no lo restituya” cuando estuviere obligado.

Pues bien, dentro de tales conductas típicas no puede incardinarse el que el progenitor que tiene confiada la guarda y custodia de los hijos dificulte el régimen de visitas de éstos al que no la ostenta. El art. 622 del actual CP, con antecedentes en el art. 584.6 del CP 1973, prevé acciones de apoderamiento, sustracción o no restitución respecto de

quienes tienen privada o suspendida la guarda y custodia de sus hijos, pero no es una norma prevista para el que tiene confiada la guarda y custodia de los menores que nunca podrá ser sujeto activo de este tipo penal.

Ello no quiere decir que aquel a quien se confía referida guarda y custodia pueda obstaculizar el régimen de visitas de los hijos por el otro progenitor y su conducta sea impune. En tal caso podría incurrir en un ilícito penal de desobediencia a la autoridad si se diesen los requisitos precisos para ello, que en este caso no concurren al no mediar una previa intimación o requerimiento por la Autoridad Judicial. Es por ello que procede estimar el recurso deducido.

DERECHO COMPARADO

EL DIVORCIO EN FRANCIA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
 - II. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.
 - III. DIVORCIO POR QUIEBRA DE LA CONVIVENCIA.
 - IV. DIVORCIO CULPABLE.
 - V. EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO.
 - 1. **Intento de conciliación.**
 - 2. **Medidas provisionales.**
 - 3. **Medios de prueba.**
 - VI. EFECTOS DEL DIVORCIO.
-

I. INTRODUCCION

El divorcio fue introducido por primera vez en Francia por Ley de 20 de Septiembre de 1792, como consecuencia de la secularización del matrimonio establecida en la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, según la cual “la ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil”.

Es natural que esta primera ley admitiese como causa de divorcio el mutuo disenso de los contrayentes. Un decreto posterior facilitó el trámite, al permitir que el divorcio por mutuo acuerdo pudiera obtenerse del Encargado del Registro Civil ⁽¹⁾, tras hacer un acta de notoriedad en la que seis ciudadanos testificaban que los esposos vivían separados desde hacía más de seis meses, o incorporando un certificado municipal acreditativo del mismo extremo.

Al promulgarse el Código Civil las causas de divorcio quedaron reducidas a tres: *adulterio; condena afflictiva o infamante; y excesos o sevicias* ⁽²⁾, desapareciendo las otras causas que había admitido la legislación revolucionaria. El divorcio por mutuo acuerdo se concibe ahora, no como una resolución del contrato matrimonial por voluntad de los contrayentes, sino más bien como presunción *iuris et de iure* de que la vida conyugal es insoportable, ahorrándoles a los cónyuges la enojosa tarea de tener que hacer públicos los motivos de sus disensiones.

Con la restauración de la Monarquía borbónica, se suprimió el divorcio por Ley de 8 de Mayo de 1816, la que, sin embargo, conservó algunas de las causas anteriores, en papel de causas de separación.

Con motivo de las Revoluciones de 1830 y 1848, se hicieron diversos intentos frustrados de restablecer el divorcio. Intentos que se repitieron después de la Revolución de 1870. Finalmente la Ley de 27 de julio de 1874, reimplantó una versión atenuada de divorcio ⁽³⁾.

La legislación en vigor está contenida en el Título sexto, Libro primero del Código Civil, cuyos arts. 229 al 310 recibieron su actual redacción por Ley de 11 de junio de 1975.

(1) Officier d' État Civil.

(2) La Ley de 1884 añadió, como nueva causa, las injurias graves. Con el término “excesos o sevicias” se designa cualquier tipo de violencia que un cónyuge pueda ejercer contra el otro. Antes de 1884, las injurias graves se consideraban una modalidad de los excesos y sevicias, que en realidad son dos nombres para la misma cosa.

(3) “No hay duda —escriben Colín y Capitán— de que el legislador de 1884 más aún que el de 1804 ha querido hacer del divorcio un remedio de excepción, que Tribunales meticulosos conceden parcamente a hogares mal avenidos”. *Curso Elemental de Derecho Civil*, editorial Reus, 1975, p. 484.

II. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

No necesita fundarse en ninguna causa. Solamente hay que someter a la aprobación del Juez una propuesta de convenio regulador (*un projet de convention qui en règle les conséquences*). La demanda pueden presentarla los abogados de ambas partes o un solo abogado elegido de común acuerdo. No puede acudirse a esta forma de divorcio si no han transcurrido seis meses de matrimonio.

El juez examina la demanda con cada uno de los esposos por separado, y después con ambos. A continuación convoca al o a los abogados.

Si los esposos persisten en su intención de divorciarse, el juez les indica que su demanda debe ser ratificada tras un período de reflexión de tres meses. Pasado el período de reflexión, sin haberse ratificado la demanda en los seis meses siguientes, aquélla se considerará caducada.

El juez concede el divorcio si ha adquirido el convencimiento de que la voluntad de los esposos es real, y que cada uno de ellos presta libremente su conformidad.

En la misma resolución judicial aprueba u homologa el convenio regulador, a menos que no ampare suficientemente el interés de los hijos o el de uno de los esposos.

La jurisprudencia ha hecho algunas matizaciones:

1. El juez que aprecia en el curso del proceso que existe desacuerdo entre los esposos, debe rechazar la demanda (Civ. 2.^o, 29 de septiembre de 1982).
2. Puede también indicar las condiciones a las que subordina la homologación del convenio (TGI de París 12 de febrero de 1976).
3. Pero también puede rechazar la aprobación pura y simplemente (París, 10 de octubre de 1990).
4. El convenio definitivo debe regular por completo los efectos del divorcio (Civ. 2.^o, 11 de octubre de 1989), aunque también puede completarse en el curso de la instancia (París, 7 de abril de 1978).
5. El requisito de la homologación es inexcusable, aunque el convenio esté hecho en escritura pública (Versalles, 19 de noviembre de 1980).
6. Los acuerdos ocultos o contradocumentos que desvirtúen el convenio sometido a homologación, carecen de validez (TGI de Nanterre, 24 de octubre de 1978, París, 30 de abril de 1982).
7. Una vez pronunciado el divorcio y aprobado el convenio, este último es inatacable por vicio de consentimiento (Civ. 2.^o, 13 de noviembre de 1991), o por ejercicio de la acción pauliana por un acreedor (Versalles, 11 de marzo de 1993), o en razón de los móviles o motivos por los que los esposos dieron el consentimiento. Pero se le denegó la nacionalidad francesa a un marido que la había adquirido fraudulentamente por medio de un matrimonio seguido de divorcio consensual para contraer un segundo matrimonio (Civ 1.^a, 17 de noviembre de 1981).

III. DIVORCIO POR QUIEBRA DE LA CONVIVENCIA

Su causa típica es la separación de hecho durante más de seis años, o que durante este período de tiempo las facultades mentales del cónyuge se encuentren tan gravemente alteradas que no sea posible la convivencia entre los esposos y se prevea razonablemente que tampoco pueda serlo en el futuro.

Esta modalidad de divorcio exige que el demandante concrete los medios con los que piensa cumplir sus obligaciones frente al cónyuge y frente a los hijos. El juez puede rechazar de oficio la demanda cuando estime que por la edad de los cónyuges y la duración del matrimonio, o bien en consideración a los hijos, el divorcio pueda tener consecuencias materiales o morales excepcionalmente graves (*d'une exceptionnelle dureté*). En caso de que el divorcio se funde en la enfermedad mental del otro cónyuge también puede el juez rechazar la demanda cuando estime que el divorcio pueda tener consecuencias muy graves en la evolución de la enfermedad. La discrecionalidad judicial es aquí muy amplia y puede tomar en consideración las convicciones religiosas del demandado y las dificultades, en el medio social en que se mueve, de una esposa divorciada (París, 16 de marzo de 1978); las condiciones de la jubilación (TGI de Aix-en-Provence de 25 de noviembre de 1976); el riesgo de pérdida de la vivienda ocupada por el esposo, incapaz de ejercer una actividad remunerada en razón de su edad y de su estado de salud (TGI de Compiègne de 26 de octubre de 1976); la previsible agravación del estado de salud del cónyuge proclive a tener crisis depresivas (TGI de Lille de 20 de enero de 1977). En otros pronunciamientos, las convicciones religiosas del demandado se han estimado inoperantes (TGI de París de 12 de noviembre de 1976).

El cónyuge que demanda el divorcio por quiebra de la convivencia corre con las costas del procedimiento. El demandado puede reconvenir pidiendo el divorcio por culpa del actor principal. Si el juez estima la reconvencción debe rechazar la demanda principal y dar lugar al divorcio culpable.

IV. DIVORCIO CULPABLE

Se funda en la violación grave o reiterada de los deberes del matrimonio que hagan intolerable la continuidad de la convivencia. También aquí se permite la reconvencción del demandado alegando que la quiebra de la convivencia es por culpa del actor. El juez puede estimar una u otra demanda, o declarar el divorcio por culpas compartidas. También puede, naturalmente, desestimar las dos demandas. En cualquier estado del pleito anterior a la sentencia, cualquiera de los cónyuges puede convertir el divorcio en consensual presentando un proyecto de convenio regulador.

La jurisprudencia es constante en señalar que la causa de este tipo de divorcio es doble, pues exige no sólo una violación grave o reiterada de los deberes del matrimonio, sino que esta violación haga intolerable la vida en común (Civ. 2.º, 20 de abril de 1989; 25 de mayo de 1994; 19 de octubre de 1994; 19 de octubre de 1995).

Han sido estimados divorcios por esta causa: por no consumación del matrimonio y por limitaciones impuestas por un cónyuge al otro en sus relaciones íntimas (Civ. 2.º, 5 de noviembre de 1969); por el rechazo persistente de la esposa a tratar médicamente su esterilidad (Bordeaux, 7 de junio de 1994); por la prohibición de un cónyuge al otro de practicar su religión; pero también por el celo excesivo en la práctica de la religión, cuando es fuente de perturbación para la vida familiar (Civ. 2.º, 5 de enero de 1978 y 19 de junio de 1975); aunque no basta con alegar que la pertenencia de la mujer a una secta ha tenido un efecto nefasto en las relaciones conyugales, sin precisar en qué ha consistido el deterioro de estas relaciones (Civ. 2.º, 8 de noviembre de 1995); por las actividades sindicales muy absorbentes, que entrañen ausencias prolongadas y hagan intolerable la vida en común (Douai, 12 de octubre de 1984); por adulterio (Civ. 2.º, 23 de abril de 1980). También, en un caso de infidelidad de orden intelectual (París, 13 de febrero de 1986). Pero incluso, en el adulterio, es necesario que el juez aprecie que las circunstancias en que ha sido cometido revisten gravedad para convertirlo en causa de divorcio (París, 30 de junio de 1978).

En cambio no han sido estimadas como causas de divorcio culpable: la negativa de la esposa a una fecundación *in-vitro* (Bordeaux, 1 de octubre de 1991); el adulterio del marido nueve años después del juicio de separación (Civ. 2.º, 29 de abril de 1994); y la negativa a reanudar la vida en común tras haberse desestimado la demanda de divorcio (Civ. 2.º, 20 de marzo de 1989 y 16 de noviembre de 1994).

V. EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO

La competencia la tiene el Juez del Tribunal de Apelación (Tribunal de Grande Instance) en quien estén delegados los asuntos de familia. A petición de parte, el asunto puede ser deferido a la audiencia colegiada de la sala.

La competencia comprende el conocimiento del divorcio y de la separación, y sus efectos, la fijación de alimentos, la contribución a las cargas del matrimonio, las obligaciones para la conservación del patrimonio y el ejercicio de la patria potestad.

El debate sobre la causa, las consecuencias del divorcio y las medidas provisionales, no es público. Si se trata de divorcio culpable, el juez de familia puede limitarse a constatar que existen hechos constitutivos de causa de divorcio sin tener que enumerar las culpas o agravios de los cónyuges. Esta sentencia no es susceptible de apelación.

1. Intento de conciliación.

Una pieza importante del procedimiento es el intento de *conciliación*, el cual es obligatorio cuando el divorcio es por quiebra de la convivencia o por culpa, y potestativo en el divorcio por mutuo acuerdo.

Para tratar de conciliar a los esposos, el juez debe mantener entrevistas separadas con cada uno de ellos y después reunirse con los dos. Los cónyuges pueden pedir la presencia de sus abogados. La incomparecencia del demandado no impide el intento conciliador con el actor para invitarle a la reflexión.

2. Medidas provisionales.

El intento conciliatorio puede llevarse a cabo sin ninguna formalidad tras haber dado a los esposos un tiempo de reflexión no superior a ocho días. El Juez puede también suspender el procedimiento e intentar la conciliación pasados seis meses, adoptando medidas provisionales.

Si no es posible hacerles desistir del divorcio, el Juez debe intentar que los esposos arreglen amistosamente sus efectos, sobre todo los que afectan a los hijos, cuyos acuerdos habrán de ser tomados en consideración en el juicio. Lo dicho o escrito por las partes en el intento conciliatorio no podrá ser invocado en el proceso por ninguno de los esposos ni por los terceros.

Si la conciliación fracasa, o el demandado se allana a una demanda de divorcio basada en hechos imputables a los dos cónyuges que haga intolerable la vida en común, el juez ha de adoptar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los esposos y de los hijos mientras dure el juicio. En particular, debe autorizar a los esposos a residir separadamente; atribuir a uno de ellos el uso de la vivienda y ajuar doméstico, o distribuir su uso entre ellos (*ou partager entre eux cette jouissance*); ordenar la retirada de la ropa y efectos personales; fijar la pensión alimenticia y las litis expensas que uno de los esposos deba pagar al otro; y asignar a uno de los cónyuges los anticipos que la situación requiera sobre su parte en los bienes comunes.

Habiendo hijos menores de edad el juez ha de pronunciarse también sobre la forma de ejercer la patria potestad, sobre el derecho de visita y el de tener a los hijos consigo, y sobre la contribución del progenitor que habitualmente no resida con los hijos para el sostenimiento y educación de éstos.

El Juez puede tomar medidas de urgencia a petición de parte, tales como autorizar al solicitante a residir en otro domicilio junto con sus hijos menores si hubiere lugar, y ordenar cualquier tipo de medidas conservadoras de los derechos del solicitante tales como la anotación preventiva sobre los bienes comunes (*la apposition des scellés sur les biens communs*).

Incluso cuando la demanda de divorcio es desestimada, puede el Juez dejar establecidas medidas sobre las contribuciones a las cargas del matrimonio, residencia de la familia y ejercicio de la patria potestad.

3. Medios de prueba.

En los pleitos de divorcio se admite cualquier medio de prueba, incluso la confesión. Pero no se admiten las cartas que uno de los cónyuges haya dirigido a un tercero y que el otro las haya obtenido con violencia o fraude. Tampoco se admiten las pruebas obtenidas con violación del domicilio o de la intimidad de la vida privada.

Los cónyuges deben comunicarse, y comunicárselo al Juez y a los expertos por él designados, todas las informaciones y documentos útiles para fijar las prestaciones y las pensiones y para liquidar el régimen matrimonial. El Juez puede llevar a cabo todas las investigaciones que estime útiles cerca de los deudores o depositarios de valores de los esposos, sin que les sea oponible el secreto profesional.

VI. EFECTOS DEL DIVORCIO

La sentencia de divorcio, una vez firme, disuelve el matrimonio. La mujer no obstante ha de esperar trescientos días antes de contraer nuevas nupcias, a menos que acredite con un certificado médico no hallarse embarazada o pruebe que se han dado circunstancias que han hecho imposible cohabitar con el marido durante los trescientos días anteriores. A estos efectos se cuenta el tiempo que haya durado la separación provisional acordada por el Juez.

Las obligaciones contraídas por uno de los esposos a cargo de la comunidad, y los actos dispositivos de bienes comunes posteriores a la demanda de divorcio, serán declarados nulos si se prueba que fueron hechos en fraude de los derechos del otro cónyuge.

Tras la sentencia de divorcio no cabe reconciliación; si los cónyuges divorciados quieren unirse de nuevo, han de contraer nuevo matrimonio.

En virtud del divorcio los esposos recuperan el apellido que tuvieran de solteros. La mujer, sin embargo, tiene derecho a conservar el nombre del marido cuando ha sido él quien ha pedido el divorcio. También podrá conservarlo, por acuerdo con el marido, o por autorización del juez justificando que hay un interés particular para ella o para sus hijos en conservar el apellido.

Si el divorcio se declara que es debido a *culpa exclusiva de uno de los cónyuges*, el cónyuge culpable puede ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios materiales o morales que la disolución del matrimonio haya causado al cónyuge inocente. Pero esta indemnización ha de ser pedida en el mismo

juicio de divorcio. Además, el cónyuge culpable pierde las donaciones y beneficios ⁽⁴⁾ que su cónyuge le haya hecho antes o después del matrimonio, en tanto que el cónyuge inocente hace suyas las recíprocas.

Si el divorcio se declara que es *por culpa de los dos*, cada uno puede revocar todo o parte de las donaciones y beneficios hechas al otro.

Si el divorcio es *por mutuo acuerdo*, y no han decidido nada al respecto en el convenio regulador, se presume que quieren conservar las donaciones y beneficios.

Por último, si el divorcio se ha declarado *por quiebra de la convivencia*, el demandante pierde las donaciones y beneficios que su cónyuge le haya otorgado. Además viene obligado a pasarle una pensión alimenticia al otro, que se gradúa y se revisa en función de los recursos y necesidades respectivas. También ha de cubrirle la asistencia médica. La pensión alimenticia se extingue si el beneficiario contrae nuevo matrimonio o vive en notorio concubinato. A la muerte del cónyuge deudor, la carga de la pensión pasa a sus herederos. Esta pensión alimenticia puede sustituirse por la entrega de un capital.

Si el domicilio familiar es propiedad de uno de los esposos, expresamente autoriza el Código que el Juez pueda cederlo al otro en arrendamiento, ya porque los hijos se hayan quedado a cargo de éste (en cuyo caso el arrendamiento se puede prolongar hasta la mayoría de edad del hijo más joven) ya porque el divorcio lo haya pedido el cónyuge propietario por quiebra de la convivencia, en cuyo caso la duración del arriendo será normalmente de nueve años, prorrogables por el Juez, y con posibilidad de que termine anticipadamente si el cónyuge vuelve a casarse o vive en concubinato notorio. En todo caso, el juez puede resolver el arriendo ante circunstancias sobrevenidas.

Las consecuencias del divorcio para los hijos son las siguientes:

La patria potestad la ejercen en común los dos padres. A falta de acuerdo entre ellos o cuando los acuerdos sean contrarios al interés del menor, el Juez dirá con cuál de los padres han de vivir los hijos habitualmente, e incluso confiárselos a un establecimiento educativo o a un tercero. También puede, en interés de los hijos, confiar la patria potestad a uno solo de los padres. Antes de decidir estas cuestiones, así como las del derecho de visita, el Juez puede encarar a una persona cualificada un estudio de la situación material y moral de la familia, de las condiciones en que viven y son educados los hijos, y de las medidas que sea aconsejable tomar en interés de los mismos.

⁽⁴⁾ Los beneficios son las ventajas (*les avantages*) que uno y otro esposo pueden derivar en virtud de pactos o capitulaciones matrimoniales estableciendo modificaciones al sistema legal de comunidad de bienes.

Si el resultado de esta investigación social es contestado por alguno de los padres, éste puede pedir que se haga una investigación de contraste (*contre-enquête*). El contenido de estas investigaciones no puede ser utilizado en el proceso de divorcio.

El padre que no ejerza la patria potestad conserva el derecho de velar por sus hijos y educarlos, y el de ser informado de las decisiones importantes que afecten a la vida de los menores. Debe contribuir a su mantenimiento en proporción a sus recursos y a los del otro progenitor.

El derecho de visita y el de tener a los hijos consigo no puede ser desconocido si no es por motivos graves.

Para la adopción de estas medidas concernientes a los menores de dieciocho años, el Juez ha de tomar en cuenta los sentimientos que le hayan expresado a solas o en compañía de otra persona o de algún abogado. La audiencia al menor no le confiere a éste legitimación para ser parte en el proceso. Para prescindir de la audiencia al menor, el juez debe dictar siempre una resolución especialmente motivada.

Por último, un efecto importante de la sentencia de divorcio son las llamadas prestaciones compensatorias, que pueden definirse como aquéllas que están destinadas a compensar en la medida de lo posible la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida de los esposos.

La prestación compensatoria sólo se concede cuando la causa de divorcio ha sido la ruptura o quiebra de la convivencia. *El cónyuge culpable de un divorcio no tiene derecho a prestación compensatoria.* (A título excepcional, puede fijársele una indemnización si, habida cuenta de la duración de la convivencia y de la colaboración en las tareas profesionales del otro cónyuge, aparezca como manifiestamente contrario a la equidad que no perciba alguna compensación pecuniaria tras el divorcio ⁽⁵⁾.)

La prestación compensatoria se determina según las necesidades del beneficiario y los recursos del cónyuge deudor, teniendo en cuenta la situación en el momento del divorcio y su previsible evolución de futuro.

(5) Si el divorcio ha sido por mutuo acuerdo la prestación compensatoria y su modalidad de pago han de venir contempladas en el convenio que los cónyuges sometan a aprobación judicial. El Juez puede declinar la aprobación si el convenio fija de forma poco equitativa los derechos y las obligaciones de los cónyuges. Fijada la prestación compensatoria convencionalmente, sólo puede ser modificada mediante nueva convención, que también ha de someterse a aprobación judicial. Sin embargo, el convenio puede prever que el Juez revise la prestación compensatoria en caso de cambios imprevistos de los recursos o de las necesidades.

Para graduar las necesidades y los recursos, el Juez tomará en consideración, principalmente, los siguientes **factores**:

- La edad y estado de salud de los esposos;
- El tiempo ya dedicado o que haya de dedicarse a la educación de los hijos;
- La cualificación profesional respectiva;
- La disponibilidad para desempeñar nuevos empleos;
- Los derechos ya consolidados y los previsibles;
- La pérdida eventual de derechos en materia de jubilación;
- El patrimonio respectivo, en capital y en renta, tras la liquidación del régimen matrimonial.

La prestación compensatoria se fija a tanto alzado (*caractère forfaitaire*). Sólo puede revisarse en caso de cambio imprevisto en los recursos o en las necesidades de las partes, salvo cuando la no revisión produzca en uno de los cónyuges consecuencias de excepcional gravedad.

Siempre que el patrimonio del cónyuge deudor lo permita, la prestación compensatoria adopta la forma de un **capital** ⁽⁶⁾: bien sea una suma de dinero; bien el usufructo de determinados bienes, muebles o inmuebles; bien las rentas, durante el periodo de tiempo que se fije, de valores productivos depositados. Cuando el cónyuge deudor no disponga de liquidez inmediata puede ser autorizado, dando garantías, para pagar el capital en tres anualidades.

Las transmisiones resultantes del pago de la prestación compensatoria no se consideran donaciones, sino consecuencias del régimen matrimonial.

Cuando no hay patrimonio o éste es insuficiente, la prestación compensatoria adopta la forma de una **renta**. Esta renta puede ser vitalicia o temporal. Su duración siempre será inferior a la vida del cónyuge acreedor. La renta se actualiza con arreglo a los mismos índices que la pensión alimenticia, y su importe puede ser fijado bien uniformemente para todo el tiempo de su duración, bien escalonadamente para periodos sucesivos, siguiendo la evolución probable de los recursos y de las necesidades (sin perjuicio de la actualización).

A la muerte del cónyuge deudor, la obligación de pago de la renta pasa a los herederos.

La renta compensatoria puede ser garantizada mediante hipoteca legal o judicial, y, además, mediante prenda o caución en su caso.

(6) El Juez que conozca del divorcio es el que ha de determinar la forma que adoptará la prestación compensatoria.

EL DIVORCIO EN ITALIA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCION.
 - II. CAUSAS DE DIVORCIO.
 - 1. **La condena penal.**
 - 2. **La separación judicial.**
 - 3. **La frustración del fin del matrimonio.**
 - III. PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO.
 - IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.
 - V. INCIDENCIAS POSTERIORES A LA SENTENCIA.
-

I. INTRODUCCION

El divorcio en Italia ha sido regulado por Ley de 1 de diciembre de 1970, en parte modificada por otra de 6 de marzo de 1987. La Ley fue sometida a referéndum, en cuya votación se obtuvo un resultado contrario a la derogación.

Nominalmente la Ley distingue la disolución del matrimonio civil y la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, pero el procedimiento y los efectos son los mismos en ambos casos.

Aquí, como en Francia, se exige una doble condición para poder decretar el divorcio ⁽¹⁾, por un lado, que se dé alguna de las causas de divorcio legalmente previstas y por otro que el juez valore que esa causa impide mantener o recuperar la comunión espiritual y material entre los cónyuges (*“che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o riconstituita per l’esistenza di una delle cause previste dall’articolo 3”*) ⁽²⁾.

II. CAUSAS DE DIVORCIO

Las causas de divorcio que enumera la Ley pueden agruparse en tres categorías:

- La condena penal de uno de los cónyuges;
- La separación judicial, sostenida ininterrumpidamente durante al menos tres años.
- La frustración del fin del matrimonio, que comprende los casos de cambio de sexo, anulación o divorcio fuera de Italia del cónyuge extranjero, y no consumación del matrimonio.

1. La condena penal.

La Ley italiana es muy barroca a la hora de enumerar los diversos tipos de condena penal que pueden dar lugar al divorcio: cadena perpetua; pena superior a quince años por delitos dolosos excluyendo los políticos y los cometidos por

(1) Con esta palabra aludimos, a la vez, a la disolución del matrimonio civil y a la cesación de efectos del matrimonio religioso, que son las expresiones utilizadas por el legislador italiano, siempre cuidadoso en evitar la palabra *divorzio*.

(2) Obsérvese que en el caso español no se da esta doble exigencia en las causas de divorcio ni tampoco en las de separación. Constatada la existencia de la causa, el juez español ha de decretar el divorcio aunque aprecie que en las circunstancias del caso no se ha destruido ni hecho imposible la continuidad de la convivencia. Por excepción, la causa de separación del art. 82.4 requiere el doble requisito de que se pruebe el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales y además, que el juez aprecie que el interés del otro cónyuge o de la familia exigen la suspensión de la convivencia.

motivos idealistas (*di particolare valore morale e sociale*); cualquier condena por delitos relacionados con la prostitución, con la tentativa de homicidio del cónyuge o de alguno de los hijos, aunque sea adoptivo; condenas reiteradas o con agravantes especiales; incesto en que el cónyuge haya resultado absuelto por no haber existido escándalo público, etc.

Las matizaciones de esta casuística creemos que son un acierto del legislador italiano, porque no todos los delitos destruyen por igual el *affectus maritalis*. También lo es a nuestro juicio que estos casos de condena penal grave o por delitos que atañen a la convivencia familiar, hayan sido concebidos como causas de divorcio y no como causas de separación ⁽³⁾.

En derecho italiano nada se opone a que la condena penal sea utilizada como causa de separación en lugar de como causa de divorcio, por motivos religiosos o de otra índole, pues la separación judicial puede estar basada en cualquier hecho que haga intolerable la convivencia o que produzca grave perjuicio en la educación de la prole (Codice Civile, art. 151). A diferencia del caso español, este tránsito previo por la separación no es necesario cuando uno de los esposos considera que la convivencia matrimonial va a ser imposible a causa de la condena penal del otro cónyuge.

2. La separación judicial.

En Italia la separación apta para el divorcio es sólo la separación judicial. Si la separación de los cónyuges es de hecho y no se inició al menos dos años antes del 18 de diciembre de 1970, no surte efectos para el divorcio sino desde la fecha de su homologación judicial (Codice Civile, art. 158).

La separación judicial no está enfocada en el Código Civil hacia el divorcio (figura que el Código Civil italiano desconoce), sino hacia la reconciliación. Pero a diferencia del derecho inglés, que pone en práctica medios adecuados para favorecer esa reconciliación, el juez italiano (al igual que el español) no

⁽³⁾ Por contraste, el legislador español sólo distingue dos tipos de condenas penales: la condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años, que opera como causa de separación (CC. art. 82.3) y la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes, que opera como causa de divorcio (CC. art. 86.5).

Echamos en falta la precisión de que la condena a privación de libertad por más de seis años sea consecuencia de la comisión de un delito doloso.

Por otro lado, ¿qué sentido tiene haber erigido la privación de libertad por tiempo superior a seis años en causa de separación y no de divorcio? ¿Acaso no es causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos cinco años? Con un sistema penitenciario que tienda al cumplimiento íntegro de las penas, la condena penal del cónyuge a más de seis años necesariamente implica la seguridad de que la convivencia conyugal va a verse interrumpida o gravemente perturbada durante más de cinco años.

está obligado a tomar medidas en este sentido: con lo que las reconciliaciones son muy raras pues se reducen a las que ocurren por azar. En la práctica la separación es en la mayoría de los casos la antesala obligada del divorcio.

La sentencia de divorcio ⁽⁴⁾ no identifica al cónyuge culpable. En cambio la separación conoce casi siempre a un culpable y el juez, al decretarla, debe declarar, si así se le pide y las circunstancias lo permiten:

“...a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio” (CC. art. 151).

El efecto principal de la declaración de cónyuge culpable de la separación es la pérdida de los derechos sucesorios en la herencia del otro cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge culpable tenía señalado en la sentencia de separación alimentos a cargo del cónyuge fallecido, tiene derecho a un *assegno* ⁽⁵⁾ vitalicio o pensión vitalicia a cargo de la herencia. Este *assegno* se fija en función de la importancia de la herencia y de la calidad y número de los herederos legítimos, pero no excederá de la prestación alimenticia que viniera disfrutando.

Ahora bien, como la separación judicial de más de tres años es causa de divorcio, la figura del cónyuge culpable puede reaparecer en el pleito de divorcio y tiene trascendencia en la fijación del *assegno* vitalicio, pues el Tribunal ha de tomar en consideración las razones de la decisión, esto es, que la causa de disolución del matrimonio ha sido una separación culpable.

Podría sin embargo producirse el resultado paradójico de que el culpable de la separación (causante remoto del divorcio) pueda obtener a su favor un *assegno* a cargo del cónyuge inocente.

3. La frustración del fin del matrimonio.

Se contemplan tres supuestos:

1.º Cuando el matrimonio ha sido **anulado o disuelto en el extranjero**, o cuando el cónyuge extranjero ha contraído nuevo matrimonio fuera de Italia. Esta causa de divorcio, completamente natural, no está prevista en nuestro Código Civil. Por tanto estos casos hay que resolverlos en España pasando por la que hemos llamado antesala de la separación, o bien obteniendo, cuando sea

(4) Recuérdese que estamos utilizando la palabra divorcio como abreviatura taquigráfica de la expresión legal “disolución del matrimonio contraído conforme a las normas del código civil y cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado bajo rito religioso”.

(5) Pensión.

posible, el *exequatur* para la ejecución de la sentencia extranjera que declara nulo o disuelto el matrimonio. El trámite de la previa separación merece aquí la misma crítica antes apuntada para el caso de la condena penal.

2.^º Cuando el matrimonio **no haya sido consumado**. Esta causa, bien conocida de los canonistas como constitutiva del impedimento dirimente de impotencia y/o del fundamento de la dispensa *super rato*, tampoco aparece entre nuestras causas de separación o divorcio. Lo que obliga a encuadrarla, bien como incumplimiento de los deberes conyugales, bien como conducta vejatoria a efectos de la separación previa al divorcio ⁽⁶⁾.

3.^º Cuando uno de los cónyuges haya obtenido una sentencia firme declarando el **cambio de sexo** a efectos del Registro Civil. La Ley italiana de 14 de abril de 1982 regula el procedimiento para rectificar en las actas del Registro el sexo atribuido a una persona cuando resulte erróneo a consecuencia de una modificación de sus caracteres sexuales. Para reconocer la transexualidad el juez instructor ha de acudir a un peritaje que verifique la condición psico-sexual del interesado.

Es lógica también esta causa de divorcio, que en España habría que reconducir a una previa separación fundada en violación de los deberes conyugales, a menos que por la duración de la convivencia con el cónyuge transexuado pueda considerarse, forzando la interpretación del art. 86.3.b), que ha habido un cese efectivo de la convivencia conyugal (convivencia que ha de entenderse siempre como heterosexual, por imperativo del art. 32 de la Constitución y del art. 44 del CC.).

La sentencia de rectificación de sexo no tiene efecto retroactivo. Disuelve o hace cesar los efectos del matrimonio. En el acta de estado civil del transexual, se hace constar su nuevo sexo y un nombre acorde con el nuevo sexo ⁽⁷⁾.

(6) Teniendo en cuenta que el Código español no descarta que pueda haber cese efectivo en la convivencia conyugal compatible con el mantenimiento de la vida en el mismo domicilio, si la situación de matrimonio no consumado ha durado dos años opino que habría causa de divorcio directo conforme al art. 86.3.b), en relación con el art. 87 del CC.

(7) También en Suecia (Ley de 21 de abril de 1972), Alemania (Ley de 11 de agosto de 1980), y Holanda (Ley de 1 de agosto de 1985) ha sido regulado el problema de la transexualidad y sus efectos. En nuestra patria se ha llegado a conclusiones análogas a las de la Ley italiana por vía jurisprudencial a partir de la importante sentencia de 2 de julio de 1987, respecto de la cual cuatro magistrados emitieron voto particular discrepando del argumento principal de la sentencia, que en esencia consiste en derivar el derecho al cambio de sexo del art. 10.1 de la CE por entender que dicho cambio puede ser necesario para el libre desarrollo de la personalidad de individuos que han desarrollado una sexualidad contraria a su verdadero sexo. La declaración judicial de cambio de sexo sólo puede hacerse en juicio ordinario (LEC art. 483 y LRC art. 92); nunca mediante expediente gubernativo

III. PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO

La demanda se presenta ante el Tribunal del lugar del domicilio o residencia del demandado (del demandante, si el demandado reside en el extranjero) y en el caso de que ambos vivan en el extranjero, ante cualquier Tribunal de la República.

Además de las menciones usuales en toda demanda, la de divorcio ha de indicar específicamente los medios de prueba de que intente valerse el demandante, así como los hijos legítimos, legitimados o adoptivos que tenga el matrimonio. Presentada la demanda, se ordena su anotación en el Registro Civil del lugar del matrimonio.

El presidente del Tribunal convoca a las partes a una audiencia en la que debe oír a los cónyuges (primero separadamente y después conjuntamente) para intentar su reconciliación. Si el demandado no comparece o no se logra la reconciliación, el Presidente, vistas las declaraciones fiscales y los documentos relativos a las rentas y al patrimonio personal y común de los cónyuges, adopta

de rectificación de errores, al cual sólo puede acudir cuando en la partida de nacimiento hubo un error originario en la atribución del sexo, lo que normalmente sólo ocurrirá en casos de una intersexualidad dudosa que después se decanta, quizás a causa de intervenciones quirúrgicas, en sentido opuesto al que consta en la inscripción (RDG de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 1984). Los efectos de la sentencia de rectificación de sexo se reducen a los registrales del cambio de nombre y del cambio de la mención varón o hembra en el acta de nacimiento. Pero sin que le sea permitido al transexual contraer nuevo matrimonio (cfr. sentencia de 3 de marzo de 1989 y el interesante voto particular del Magistrado Jesús Marina Martínez Pardo, cuestionando el derecho al cambio de nombre y el principio de primacía del sexo psíquico —el que el individuo cree tener— sobre el cromosómico u hormonal, y señalando los peligros del voluntarismo en los cambios de estado civil). Lo que la jurisprudencia ha creado es el *tertium genus* de un individuo que es congénitamente varón, al que se le tiene por mujer a los efectos registrales de imponerle nombre femenino, pero que sin embargo no puede casarse con un hombre. El matrimonio que hubiera contraído el transexual con una mujer es considerado nulo por la jurisprudencia. En definitiva el transexual, mitad hombre mitad mujer, parece no tener derecho a contraer matrimonio válido ni con un hombre ni con una mujer. Frente a la solución de la jurisprudencia española de anular el matrimonio del transexual, la solución italiana que ve aquí una causa de divorcio nos parece más acertada. Primero, porque el transexual que después de casado se somete a una operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal para cambiar de sexo, podría ser considerado cónyuge de mala fe causante de la nulidad del matrimonio (lo que arrastra graves consecuencias económicas en la liquidación del régimen patrimonial a tenor del art. 1395 de CC). Y segundo, porque en puridad no cabe hablar en estos casos de error en la prestación del consentimiento, en el sentido del art. 73.4 de CC, es decir, de error originario, sino de desaparición de los presupuestos del contrato matrimonial por alteraciones sobrevenidas en cualidades de los contrayentes que fueron determinantes para la prestación del consentimiento. Al igual que en otros casos y dada la laguna legislativa existente, la persona casada con un transexual sólo podría pedir el divorcio esgrimiendo como causa el cese efectivo de la convivencia conyugal.

temporalmente, oyendo a los hijos en su caso, las providencias que estime oportunas en interés de los cónyuges y de la prole. Nombra, además, al juez instructor y convoca a las partes para comparecer ante él. El Juez instructor puede, como resultado de la comparecencia y tras un breve procedimiento ⁽⁸⁾, revocar o modificar las medidas adoptadas por el Presidente.

El procedimiento de divorcio sigue su curso ante el Tribunal en forma contenciosa y con intervención del Ministerio Público. Si se estima probada alguna de las causas de divorcio, el Tribunal dará lugar a la disolución del matrimonio o a la cesación de sus efectos civiles. Pero la sentencia contendrá además las determinaciones siguientes:

1. El progenitor que queda al cuidado de los hijos, para lo que tendrá en cuenta exclusivamente el interés moral y material de los mismos. Puede disponer también una atribución, conjunta o alterna, de los hijos a ambos cónyuges.

2. La medida y el modo como el progenitor no custodio de los hijos debe contribuir al mantenimiento, instrucción y educación de los mismos.

3. La atribución de la vivienda familiar, que preferentemente ha de dejarse al progenitor encargado de los hijos. Una vez los mismos emancipados, el Juez valorará las condiciones económicas de ambos cónyuges a fin de asignar la vivienda al más débil. Esta atribución judicial de la vivienda es oponible al tercer adquirente.

4. La fijación de un *assegno* a favor del cónyuge que carece de medios adecuados o que no puede procurárselos por razones objetivas. Para la fijación de este *assegno*, el Tribunal tendrá en cuenta las condiciones de ambos, la causa del divorcio (*la ragioni della decisione*), las rentas respectivas, y la contribución personal y económica que cada uno haya hecho al sostenimiento de la familia y a la formación de los patrimonios común y privativos, valorando todo ello en función del tiempo que haya durado el matrimonio. Este *assegno* se pierde al contraer nuevas nupcias. El tribunal establecerá también la adaptación del *assegno* a los índices de precios (*svalutazione monetaria*).

La sentencia es apelable *in camera di consiglio*. Pero los pronunciamientos de naturaleza económica de la sentencia de primera instancia pueden ser ejecutados provisionalmente.

La demanda conjunta de divorcio ha de indicar las condiciones concernientes a la prole y a las relaciones económicas que se proponen al tribunal. Este último, verificando los presupuestos legales y valorando que ha sido atendido el interés de los hijos, pronuncia sentencia. Si las previsiones propuestas las juzga insatisfactorias para los hijos, el procedimiento se tramita como contencioso en la forma antes indicada.

(8) Regulado en el art. 189 del Código de Procedimiento Civil.

IV. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO

Aparte de la disolución o cesación de efectos civiles del matrimonio y de las previsiones específicamente contenidas en el fallo en relación con la casa familiar, los hijos y el *assegno*, la sentencia de divorcio produce los siguientes efectos:

1. La esposa pierde el apellido que había añadido o sustituido al suyo al contraer matrimonio.
2. El cónyuge que no tenga asistencia sanitaria conserva el derecho correspondiente frente a la Mutualidad a que pertenezca el otro cónyuge. Este derecho se extingue al contraer nuevas nupcias.
3. Cada progenitor está obligado a comunicar al otro, dentro del término preteritorio de treinta días, los cambios de residencia o domicilio. La falta de comunicación obliga al resarcimiento de daños.
4. El que resultó divorciado contra su voluntad conserva, mientras no se case, derecho a participar en el cuarenta por ciento de la total indemnización laboral que el otro cónyuge reciba después de la sentencia con motivo de la extinción del contrato de trabajo.
5. Las pensiones devengadas por la muerte de un hijo en acto de servicio pertenecen a los padres sobrevivientes aunque estén divorciados.

V. INCIDENCIAS POSTERIORES A LA SENTENCIA

1. Si el progenitor encargado de los hijos no cumple con las obligaciones que le hayan sido impuestas, el Tribunal valorará dicho comportamiento al objeto de cambiar la guarda y custodia (*cambio di affidamento*) ⁽⁹⁾.
2. El cónyuge al que le haya sido reconocido el derecho a un *assegno* puede requerir de pago al cónyuge deudor moroso, y pasados treinta días,

⁽⁹⁾ En el ordenamiento español se echa de menos la previsión legal de un cambio *di affidamento* de los hijos por no cumplir el progenitor inicialmente encargado de ellos los deberes específicos impuestos por la sentencia, y los generales impuestos por las leyes. Una norma de este tipo evitaría en la práctica muchos abusos del cónyuge que sale victorioso de la que podríamos llamar “batalla por los hijos”, restringiendo y obstaculizando el derecho de visita del otro.

Nótese que la ley italiana no contiene previsiones especiales respecto al derecho de visita. Lo que no quiere decir que el Tribunal no las pueda introducir en su sentencia. El derecho de visita es un medio y no un fin. Mediante él, el progenitor que no vive con sus hijos cumple el deber de vigilar su formación y educación. En consecuencia puede recurrir al Tribunal cuando entienda que se han tomado decisiones perjudiciales por parte del otro cónyuge. Este último tiene siempre, salvo que otra cosa diga la sentencia, el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre los hijos menores que queden bajo su custodia.

puede notificar la resolución judicial que le fija el *assegno* a los terceros obligados a pagarle al cónyuge deudor sumas de dinero periódicas. Esta notificación obliga a los terceros a pagar directamente la suma adeudada al cónyuge requirente, haciéndoselo saber al otro. Si el tercero no lo hace así, el cónyuge acreedor tiene acción directa ejecutiva contra él por la suma adeudada.

La Ley contiene previsiones especiales para el caso de que el cónyuge deudor sea funcionario del Estado, o tenga embargado el sueldo.

3. Además del requerimiento y en su caso de la acción directa contra el tercero, el cónyuge acreedor puede pedir al Juez el embargo de bienes del cónyuge obligado al pago del *assegno*. También el Tribunal ha podido constituir hipotecas judiciales, u obligado al cónyuge deudor a prestar garantías reales o personales que aseguren el cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas del divorcio.

4. Cuando haya motivos justificados, sobrevenidos después de pronunciada la sentencia de divorcio, el Tribunal puede, a instancia de parte, con intervención del Ministerio Público y audiencia de los hijos, revisar las medidas concernientes a la custodia de dichos hijos y las relativas a la cuantía y modalidad de las contribuciones para los hijos y el otro cónyuge.

5. Si el cónyuge divorciado fallece sin haber contraído nuevo matrimonio, y el cónyuge de quien se divorció tampoco lo ha contraído, este último, siempre que fuera titular de un *assegno*, conserva el derecho a la pensión de viudedad. Si el causante de la pensión contrajo otro matrimonio, la pensión se distribuye entre el cónyuge viudo y el divorciado en proporción a los tiempos de convivencia. Los hijos del matrimonio divorciado conservan el derecho a pensión, dentro de los límites de la legislación que regula tal derecho, como si el divorcio no hubiese ocurrido.

6. Por último, el cónyuge que se sustrae a la obligación de pago del *assegno* debido al cónyuge o a los hijos es castigado con la pena prevista en el art. 570 del Código Penal italiano ⁽¹⁰⁾.

(10) La pena es de prisión de un año, o multa de 200.000 a 2.000.000 de liras.

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.

¿LOS SEPARADOS QUE TIENEN QUE PAGAR UNA PENSION SON UNA MODALIDAD ACTUAL DE LOS SIERVOS DE LA GLEBA?

Con esta reflexión finaliza su voto particular a la STC de 17 de marzo de 1997 el Magistrado del Tribunal Constitucional D. Rafael Mendizábal Allende, de la que curiosamente también fue ponente. Los hechos que dieron origen al recurso son los siguientes:

a) Los cónyuges se separaron de mutuo acuerdo en el año 1989, quedando los tres hijos bajo la guarda y custodia de la madre y fijándose una pensión alimenticia de 200.000 ptas. y una compensatoria de 100.000 ptas. La cuantía de las pensiones se estableció teniendo en cuenta los ingresos que percibía el esposo (Abogado del Estado en excedencia) por sus trabajos en una empresa privada.

b) D. Eduardo T. pidió la vuelta al servicio activo como Abogado del Estado, con lo que sus ingresos mensuales se redujeron de un millón de pesetas a 294.681 ptas. Por otro lado, dos de sus hijos pasaron a convivir con él. En base a estas circunstancias, el mismo, instó una demanda de modificación de medidas, que fue estimada parcialmente, fijándose una pensión alimenticia de 62.000 ptas. para el hijo que permanecía con la madre y declarando extinguida la pensión compensatoria.

c) Interpuesto el correspondiente recurso de apelación por la esposa, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia revocando la de instancia y declarando que no habiéndose producido la alteración sustancial con los caracteres exigidos por el art. 100 y concordantes del Código Civil, procedía mantener vigentes las medidas económicas acordadas en la sentencia de separación.

El razonamiento básico para llegar a esta conclusión consistía en que el esposo y padre había disminuido sus ingresos económicos por voluntad propia, al aceptar el despido en una empresa en la cual trabajaba y por cuyo trabajo percibía 700.000 ptas. mensuales y no podía considerarse ajustado a equidad que quien fue causante de una alteración en sus medios de fortuna pueda beneficiarse de la modificación que pudiera corresponder, en perjuicio de quien, hasta ese momento, era beneficiaria de un derecho legalmente reconocido.

d) En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en que incurre la sentencia, puesto que a pesar de reconocer la realidad en la disminución de los ingresos le impone la obligación de abonar a la esposa cantidades superiores a sus actuales ingresos, con manifiesta arbitrariedad e irrazonabilidad de la resolución judicial. También señala que la sentencia es arbitraria por imponer al demandante una obligación económica que el propio juzgador sabe que es de imposible cumplimiento, obligándole a satisfacer a su cónyuge una pensión en cuantía superior a la totalidad de sus retribuciones. Igualmente alega que, la sentencia parece imponerle la obligación de no dejar nunca voluntariamente su puesto de trabajo y conservarlo a toda costa, obligación que resulta disparatada y contradice totalmente el principio de la dignidad y libertad, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad recogidos en los arts. 10.1 y 35 de la Constitución.

e) En la tramitación del recurso de amparo, la esposa alegó que el demandante no probó en ningún momento el cambio de circunstancia, puesto que había dejado voluntariamente una fuente declarada de ingresos pero seguía manteniendo su mismo nivel de vida, residiendo en la Moraleja, pagando la costosa hipoteca de esta casa, manteniendo el servicio doméstico, etc., circunstancias todas que hacen evidente la existencia de otros ingresos no procedentes de su sueldo oficial como abogado del Estado.

f) El Tribunal Constitucional, deniega el amparo solicitado por D. Eduardo T.

Como perfectamente se recoge en los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional, su actuación únicamente procede cuando se haya dictado una resolución arbitraria, manifiestamente irrazonable o cuyo fundamento fuese un error patente, puesto que estas circunstancias lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 13/1995, entre otras). La arbitrariedad es la negación radical de la tutela judicial consagrada en el art. 24.1 de la Constitución Española, pero ¿cómo podemos saber si una sentencia es o no arbitraria? La contestación a esta pregunta nos retrotrae al principio del acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar una actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión del juez. La resolución, tiene que exteriorizar el proceso mental que ha llevado al juez al contenido del fallo. La estructura de la sentencia contiene, desde siempre, una parte dedicada a justificar jurídicamente la decisión en que termina la sentencia,

parte dispositiva o fallo que lleva dentro el *imperium* o la *potestas*. La argumentación que precede al solemne pronunciamiento judicial dota a la sentencia de la *auctoritas* y le proporciona la fuerza de la razón. La motivación de las sentencias, como exigencia constitucional, ofrece una doble función: por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden. Actúa, en suma, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad (ATC 77/1993).

La motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que éstas —en su caso— han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, por qué no, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Se convierte así en “una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no es fruto de la arbitrariedad” (STC 109/1992, así como la 159/1989 entre otras). Por otro lado, es necesario distinguir entre la existencia del razonamiento en que consiste la motivación y su discurso. En el presente caso la hubo formal y materialmente, no sólo bastante sino clara e inequívoca, con argumentos extraídos del acervo jurídico. La realidad de su existencia no puede ser negada o desconocida en función de que se comparta, o no, la argumentación o las conclusiones a las cuales se llega.

En conclusión, puede considerarse arbitraria una sentencia, bien cuando carece de fundamentación jurídica o cuando ésta no se ajusta al tema en litigio o bien cuando la solución dada no es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico. Ahora bien, ¿es arbitraria la decisión de la Audiencia Provincial al desestimar la demanda de modificación de medidas por cambio de circunstancia? El Tribunal Constitucional considera que no, puesto que se esté o no de acuerdo con el fallo de la sentencia o con el discurso para obtenerlo (el menoscabo patrimonial fue obra de su decisión voluntaria), “resulta inconcuso que es el desarrollo dialéctico de un planteamiento estrictamente jurídico, como pone de manifiesto su atenta lectura cuya última razón, *ratio decidendi*, consiste en negar que se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias en la fortuna del cónyuge y padre, con el efecto correlativo de una eventual reducción de las pensiones de alimentos y compensatoria (arts. 91 y 100 del CC). Esta motivación, arreglada a los hechos, tal y como los considera probados la Audiencia Provincial, da respuesta fundada y suficiente a lo pedido, aunque negativa o desfavorable. No se trata de una construcción caprichosa para el

caso, ni aboca a una decisión huérfana de un fundamento razonable y, por ello, arbitraria. En consecuencia, desde la perspectiva que nos es propia, nada hay que objetar a una solución concreta obtenida en el plano de la legalidad, sin trascendencia constitucional alguna (por todas STC 237/1993)”.

Analicemos ahora el voto particular emitido por el Sr. Mendizábal Allende, en el que reconoce la solidez de los fundamentos radicales del amparo que se pide, y que a su entender debiera haberse otorgado. Este magistrado parte de la existencia de una distonía evidente entre los hechos que se aceptan en la sentencia y las conclusiones a las cuales llega. No se niega en ella que los ingresos del demandante se hayan reducido a su cuarta parte, pasando de un millón de pesetas mensuales a poco menos de trescientas mil, suma a su vez de las dos pensiones fijadas en el convenio regulador. En principio, éstas absorben el total de las retribuciones de quien ha de pagarlas o, en la menos favorable de las hipótesis, le dejarían libres tan sólo 80.000 ptas. cada mes, insuficientes para la manutención de tres personas, ya que tal reducción es consecuencia de asumir el padre la guarda y custodia de dos de sus hijos, conviviendo con ellos. “Cerrar los ojos ante hechos reconocidos con efectos negativos casi automáticos y notorios por lo demás, presumiendo la existencia de otros ingresos tan desconocidos en su fuente como en su cuantía, con imputación de una actitud fraudulenta, sin base en otros perfectamente acreditados que permitan el razonamiento inductivo, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, en que consiste toda presunción (art. 1253 del CC), no es una actitud razonable y puede ser calificada sin dificultad como arbitraria. Una interpretación que conduce al resultado absurdo de reflejar por sí misma la imposibilidad material de cumplir la prestación impuesta, el pago de las dos pensiones, cuya cuantía excede ya de los ingresos conocidos del obligado, sin dejarle margen alguno para su propia y congrua sustentación, pone de manifiesto el carácter decisionista o voluntarista de la sentencia o del pronunciamiento judicial, que se refleja en su doble soporte, la presunción antedicha y la invocación de la equidad por encima y más allá del texto de la Ley rectamente aplicado en función de los hechos determinantes. Por otra parte, también resulta sorprendente que se castigue la voluntariedad del cese en un puesto de trabajo remunerado, por razones o motivos que no constan, con la negación de los efectos reductores de las pensiones, en función de los menores ingresos. Ello significa lisa y llanamente condicionar gravemente la libertad de trabajo, consagrada constitucionalmente, en una de sus facetas principales (art. 35.1 de la CE) y negar la movilidad consiguiente, creando una carga y un límite donde ni la Ley ni la Constitución lo autorizan, como una modalidad actual de los siervos de la gleba”.

Como todos sabemos, las sentencias dictadas en procedimientos de separación y divorcio no tienen vía libre de acceso al Tribunal Supremo, únicamente es el Ministerio Fiscal (hasta ahora D. Luis María Delgado, con cinco recursos y D.^a Angeles García con un recurso son los únicos fiscales que han utiliza-

do esta prerrogativa) quien, en interés de ley, puede interponer el correspondiente recurso de casación. Esta circunstancia impide que temas como el tratado en la sentencia que comentamos, puedan tener una respuesta de nuestro más alto tribunal. No obstante, en las distintas Audiencias Provinciales se ha consolidado una doctrina aplicable a las demandas de modificación de medidas, y por tanto para que pueda prosperar la misma es necesario que se den los siguientes requisitos:

- a) Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas que ahora se intentan modificar.
- b) La variación o cambio de circunstancias debe tener relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.
- c) El cambio de circunstancias debe ser permanente, o al menos no puede obedecer a una situación de carácter transitorio.
- d) Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación.
- e) Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

La Audiencia Provincial de Madrid, aplicando la anterior doctrina entendió que no se habían modificado las circunstancias, puesto que la alteración que se había acreditado se debió única y exclusivamente a la voluntad del cónyuge obligado al pago de la pensión alimenticia y compensatoria. De admitirse con carácter generalizado la tesis contraria, se dejaría a merced de la mejor o peor voluntad del obligado el cumplimiento de los pactos del convenio regulador, lo que evidentemente conculcaría lo establecido en el artículo 1256 del CC “la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Otra cuestión totalmente distinta, es que el cese de la actividad empresarial de D. Eduardo T. se hubiese debido a un despido laboral, una regulación de empleo, quiebra de la empresa, etc., circunstancias que sí vienen tomándose en consideración para modificar la cuantía o en su caso extinguir las pensiones. No obstante resulta extraño que en el caso que analizamos, se haya pasado por alto otra de las circunstancias que alegaba el demandante para modificar la cuantía de la pensión alimenticia, esto es, el hecho de que dos de los hijos han dejado de convivir con la madre y actualmente lo hacen con el padre. Si la pensión que se fijó en el convenio regulador por importe de 200.000 ptas. fue a favor de los tres hijos, y ahora dos de ellos abandonan el domicilio familiar, esta circunstancia debiera servir como base para modificar la cuantía de la pensión alimenticia, máxime cuando en el convenio regulador se pactó que “Para el caso de que los hijos voluntariamente decidieran vivir con el padre, la pensión alimenticia se reduciría en 40.000 ptas. por cada uno o se extinguiría si todos tomaban la decisión”.

¿Debe D. Eduardo T. realizar mayor esfuerzo laboral para seguir abonando las pensiones que se pactaron en el convenio regulador? Pues parece que sí. ¿Entonces, no tiene el derecho a la libre elección de profesión u oficio recogido en el art. 35 de la Constitución Española? El derecho lo tiene, ya que nadie le va a impedir cambiar voluntariamente de profesión o de empresa, pero lo que deberá tener en cuenta en su decisión, es que si en la nueva profesión va a percibir menos ingresos ello no le va a eximir de pagar las pensiones que pactó en el convenio regulador.

¿COMO PUEDE ATRIBUIRSE EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CONYUGE NO CUSTODIO CUANDO EXISTEN HIJOS MENORES EN EL MATRIMONIO?

Señala el párrafo 1.º del art. 96 del Código Civil que:

“En defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

La *ratio* de la norma descansa sobre la presunción, acorde con el art. 39 de la Constitución, de que son los hijos, e indirectamente el cónyuge en cuya compañía queden, quienes representan el interés más necesitado de protección. Ahora bien ¿estamos en presencia de una norma imperativa, de forma que necesariamente se le haya de atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden o por el contrario, no obstante la existencia de hijos, podrá atribuirse el uso al cónyuge al que no se confíe la guarda de los mismos?, o lo que es lo mismo ¿esta presunción es *iuris de iure* o *iuris tantum* y por tanto admite prueba en contra? En el caso que vamos a comentar, tanto el juzgado de instancia como la Audiencia Provincial entendieron que se trata de una presunción *iuris tantum* y por consiguiente, el interés de los hijos permite ser desplazado en favor del cónyuge no custodio, cuando el interés de este último sea el más necesitado de protección. Analicemos los hechos:

a) La esposa presenta demanda de separación solicitando la guarda y custodia de los hijos, fijación de una pensión alimenticia de 40.000 ptas. y una compensatoria de 45.000 ptas. El esposo se opuso a la demanda y a las medidas solicitadas, planteando reconvencción y solicitando la guarda y custodia de los hijos y el uso de la vivienda familiar.

b) El matrimonio tiene una duración de doce años y fruto del cual nacieron dos hijos de 11 y 9 años de edad. La esposa, de 40 años de edad, siempre se ha dedicado a las tareas del hogar, mientras que el esposo percibe unos ingresos de 180.558 ptas. y actualmente se encuentra siguiendo de manera satisfactoria un tratamiento de rehabilitación del alcoholismo. Desde que se separaron de hecho, los hijos viven con el padre en el domicilio de la abuela paterna.

c) En la exploración judicial, ambos menores rotundamente manifestaron su deseo de seguir conviviendo con el padre, circunstancia que ocurría desde hace bastantes meses.

d) En el procedimiento se practicó una prueba psicológica que llegó a la conclusión de que era más conveniente para los menores seguir bajo la guarda y custodia del padre, que posee unos criterios de educación más flexibles y equilibrados emocionalmente respecto a los hijos, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que el padre deba continuar el tratamiento de alcoholismo del que actualmente va evolucionando muy positivamente.

e) Como diligencia para mejor proveer se acordó la emisión de un informe social respecto a la vivienda que ocupan actualmente los hijos y la vivienda familiar. En cuanto a la primera, señala la asistente social que:

“La vivienda es pequeña, con un mobiliario justo e imprescindible, sin que disponga de las dependencias suficientes para una buena habitabilidad de sus ocupantes: abuela, el padre y sus hijos. Consta de un dormitorio de matrimonio con ventilación exterior ocupado por la abuela. En la habitación no cabe otra cama. Un pequeño comedor, sin ventilación al exterior, con una cortina de tela para separar ésta estancia del fondo, donde está la cama en la que duerme la nieta. Una salita, con ventana que da al patio. Aquí la familia está durante el día, convirtiéndose de noche en ‘dormitorio’ para el padre y el hijo. Duermen en un mismo colchón, en el suelo, y por el día lo recogen y lo pasan a la cama de la hija. Cocina pequeña, sin agua caliente. Cuarto de baño, también pequeño, sin agua caliente, los niños se duchan en casa de una tía”.

En cambio, la vivienda familiar ocupada actualmente por la esposa:

“Es grande, posee buena habitabilidad y se diría que, respecto al mobiliario, está equipada de forma excesiva. Consta de un dormitorio de matrimonio y dos individuales, salón comedor y cocina amplia, cuarto de baño grande, completo y con agua caliente, un trastero y garaje”.

f) El juzgado de 1.^a Instancia dictó sentencia decretando la separación conyugal y concediendo al padre la guarda y custodia de los hijos y atribuyendo

el uso de la vivienda familiar a la esposa. La fundamentación jurídica de la atribución del uso de la vivienda es la siguiente: “Aunque la norma del art. 96, párrafo 1.º del Código Civil, previene legalmente la atribución al cónyuge custodio, descansando el espíritu de tal precepto sobre la presunción, acorde con el art. 39 de la Constitución española, de ser los hijos, e indirectamente el cónyuge en cuya compañía queden, quienes representan el interés más necesitado de protección, es igualmente cierto la posibilidad concreta en atención a las circunstancias familiares y personales de la esposa de que en esta cuestión ésta necesita igualmente un más alto interés de protección, sin que ello suponga menoscabo o perjuicio alguno para los menores, sino todo lo contrario. A esta conclusión enervatoria de la presunción legal indicada, no sólo compatible sino más que necesaria para los propios intereses de los hijos, debe llegarse en aras de proteger adecuadamente los intereses de la madre e hijos, buscándose un prudente y necesario equilibrio familiar. Hay que tener en cuenta que desde diciembre del año pasado los pequeños viven con su padre en el domicilio de los abuelos paternos, de forma que, como señala en sus conclusiones la perito, actualmente el rol materno es mejor sustituido por este núcleo familiar paterno, siendo por tanto inconveniente para los menores desgajarlos de aquel domicilio; asimismo, es aconsejable, como se dijo, un seguimiento de la enfermedad del alcohol que sufre el padre, no siendo prudente que éste estando en período de rehabilitación se encuentre sólo con los pequeños en el domicilio familiar, en el que además nunca ha ejercitado una función educadora permanente y constante con éstos, debido a que por la costumbre, su trabajo de minero (del que actualmente se encuentra en situación de baja por Incapacidad laboral Transitoria), y por su propia enfermedad no ha podido desarrollar, porque es previsible que los hijos estén mejor atendidos y vigilados, como así lo están actualmente en el domicilio de sus abuelos. Por otra parte, el propio examen pericial del perfil psicológico de la esposa, la no existencia de otra vivienda, en relación con la propia limitación urbana y social de este pueblo (menos de 400 habitantes), la denegación de la custodia de los hijos a la madre, hacen más que aconsejable para el propio y deseable equilibrio emocional de aquélla y el consiguiente familiar mantener la actual situación.”

g) Apelada la sentencia, respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, la Audiencia Provincial señala que “al descansar la determinación del art. 96 del CC sobre una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección”. Puede ocurrir que la guarda y custodia de los hijos se confíen a un progenitor por ser el más adecuado, en atención al *favor filii*, pero que, sin embargo este guardador disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades y a la de sus hijos mientras que el otro

progenitor, titular de la vivienda familiar, carece de otra. En tal caso no estaría justificado por el interés de los hijos desposeer al titular de la vivienda del uso de ella. Analizadas las circunstancias del caso, no puede tildarse de ilegal, y, menos, de caprichosa y arbitraria la decisión que sobre este particular ha adoptado el *iudex a quo*, al llegar a la conclusión de que para colmar las exigencias del *favor familiae* lo mejor para los menores, que ya estaban conviviendo en el domicilio de la abuela paterna, es que junto con el padre continúen habitando en el mismo y no en el que constituye el hogar familiar, que se le confía a la esposa. Y ello por razón primordial de que el padre está sometido a un proceso de desintoxicación alcohólica que desaconseja que los hijos puedan en momentos quedar desatendidos en el domicilio conyugal, siendo más conveniente que sea la abuela paterna la que en su propio domicilio, a la vez que supervisa ese proceso de desintoxicación del hijo, controle en cierta forma e indirectamente el buen ejercicio de la guarda y custodia de los nietos.

El motivo de fondo que ha llevado tanto al juez de instancia como a la Audiencia Provincial a atribuir el uso de la vivienda familiar a la esposa radica fundamentalmente en la conveniencia de que el padre, sometido a un tratamiento de desintoxicación esté vigilado por la abuela paterna, y que a la postre sea ésta la que “controle en cierta forma e indirectamente el buen ejercicio de la guarda y custodia de los nietos”. No obstante, las circunstancias de la vivienda que ocupan la abuela, el padre y los nietos, puestas de manifiesto por el informe de la asistente social, nos hace dudar que con esta atribución del uso se esté beneficiando a los hijos, ya que se les está imponiendo unas condiciones de vida especiales al tener que residir en una vivienda de reducidas dimensiones que no cuenta con agua caliente ni con unos dormitorios para los mismos.

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.

CATALUÑA: LEY 10/1998, DE 15 DE JULIO, DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA

(B.O.E. de 19 de agosto, D.O.G.C. de 23 de julio)

PREAMBULO

El artículo 32 de la Constitución española proclama el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. También establece que la ley debe regular las formas del matrimonio, la capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges y las causas de separación y de disolución y sus efectos.

Pero, al margen del matrimonio, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de unión en convivencia de carácter estable, las unas formadas por parejas heterosexuales que, pudiendo contraer matrimonio, se abstienen de hacerlo, y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución.

En estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de la aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas referidas, incluidas, por lo tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia.

Por lo tanto, se considera que ha llegado la hora de emprender esta labor legislativa y de que nuestro ordenamiento jurídico se alinee, en este sentido, con las incipientes corrientes prelegislativas y legislativas que afloran en el seno del Estado y en los Estados de nuestro entorno geográfico y cultural.

La pareja de hecho heterosexual ya ha merecido la atención de nuestra legislación en algunos aspectos parciales referentes a la filiación, a la adopción y a la tutela. Efectivamente, sobre la base del profundo estudio jurídico que se ha llevado a cabo, utilizando datos estadísticos fiables y de carácter sociológico y las diversas soluciones que ofrece el derecho comparado, que se han analizado debidamente, y teniendo muy en cuenta los debates sobre estas cuestiones que han tenido y que tienen lugar en el Congreso de los Diputados y en el Parlamento de Cataluña, se llega al convencimiento de que es procedente establecer una regulación más completa y matizada sobre la convivencia de las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

En coherencia con todo lo que se ha dicho, la presente Ley agrupa y regula, separadamente del matrimonio, todas las demás

formas de convivencia mencionadas, con una normativa también diferente de la que rige la unión matrimonial, específica para cada una de las situaciones indicadas. Esta técnica legislativa encaja perfectamente con los principios constitucionales, según la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional.

De acuerdo con esta doctrina constitucional, el matrimonio es una realidad social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer de contraerlo es un derecho constitucional. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y de deberes que no se produce de una manera jurídicamente necesaria entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Estas consideraciones son aplicables, sin impedimento, a las parejas de homosexuales que conviven maritalmente, porque, de modo similar a la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni hay un derecho constitucional en relación con su establecimiento, bien al contrario del matrimonio entre hombre y mujer, que, como se ha señalado, constituye un derecho constitucional.

Por esta razón, las uniones matrimoniales son objeto de regulación en el Código de familia y las demás relaciones de convivencia diferentes del matrimonio, que constituye el elemento básico de la distinción constitucional, lo son en la presente Ley, en capítulos separados, respetando la especificidad de cada modalidad.

La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no. Y aún, dentro de las parejas heterosexuales que conviven *more uxorio*, es posible distinguir a aquellas que rehusan toda clase de formalismos y que, por razones de segu-

ridad jurídica, son objeto de una mayor exigencia a la hora de hacer valer derechos.

En coherencia con las premisas expuestas, la presente Ley se articula en dos capítulos: el primero, dedicado a las uniones estables heterosexuales, y el segundo, a las uniones estables homosexuales.

Como es obligado, el trato legislativo de estas dos uniones en convivencia se ha ajustado al marco de las competencias autonómicas en la materia, razón por la cual ha sido preciso excluir las cuestiones propias del derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la seguridad social.

La Ley desarrolla básicamente las competencias de derecho civil que corresponden a la Generalidad, con abstracción de la reserva de competencia exclusiva del Estado en cuanto a las formas del matrimonio, porque la regulación de las parejas de hecho heterosexuales o de las homosexuales implica el reconocimiento de unas situaciones no necesariamente equiparables al matrimonio, según lo que ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional, como se ha asegurado. La Ley contiene también preceptos que se dictan como desarrollo de las competencias relativas a la función pública de la Administración de la Generalidad.

CAPITULO I

Unión estable heterosexual

Artículo 1.º La unión estable heterosexual.—1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

2. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

Art. 2.º Acreditación.—La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10.

Art. 3.º Regulación de la convivencia.—1. Los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, en forma verbal, por escrito privado o en documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia así como los respectivos derechos y deberes. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

2. Si no hay pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

Art. 4.º Gastos comunes de la pareja.—1. Tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos y las hijas comunes o no que convivan con ellos, de

acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.
- b) Los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja.
- c) Los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

2. No tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, las que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

Art. 5.º Responsabilidad.—Ante terceras personas, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes que establece el artículo 4.º, si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación.

Art. 6.º Adopción.—Los miembros de la pareja heterosexual estable pueden adoptar en forma conjunta.

Art. 7.º Tutela.—En caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa.

Art. 8.º Alimentos.—Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado.

Art. 9.º Beneficios respecto a la función pública.—En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los beneficios siguientes:

a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.

b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra localidad.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva. Esta reducción es incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.

Art. 10. Acreditación y legitimación especiales.—Para hacer valer los derechos del artículo 9.º, si no se ha formalizado la convivencia en escritura pública otorgada dos años antes de ejercerlos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de dos años.

Art. 11. Disposición de la vivienda común.—1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial.

2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita por el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que

tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

3. No procederá la anulación permitida por el apartado 2 cuando el adquirente actúe de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el que ha dispuesto del mismo responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable.

Art. 12. Extinción de la unión.—

1. Las uniones estables se extinguen por las causas siguientes:

- a) Por común acuerdo.
- b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- c) Por defunción de uno de los miembros.
- d) Por separación de hecho de más de un año.
- e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, se hubiera otorgado.

3. La extinción implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

Art. 13. Compensación económica.—Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

Art. 14. Pensión periódica.—Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una

pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en uno de los casos siguientes:

- a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.
- b) Si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida.

Art. 15. Guarda y régimen de visita de los hijos y las hijas.—Al cesar la convivencia, los miembros de la pareja, en caso de que tengan hijos o hijas comunes, pueden pactar cuál de los dos tiene la guarda y custodia, así como el régimen de visitas del miembro de la pareja que no tenga la guarda. A falta de acuerdo, el juez o jueza, decide en beneficio de los hijos o las hijas, oyéndoles previamente si tienen suficiente conocimiento o doce años o más.

Art. 16. Ejercicio de los derechos.—

1. Los derechos regulados por los arts. 13 y 14 son compatibles, pero deben reclamarse conjuntamente a efectos de su adecuada ponderación.

2. La reclamación de los derechos a que hace referencia el apartado 1 debe formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia.

3. El pago de la compensación prescrita por el artículo 13 se hará efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde que se haya reconocido. La compensación se satisfará en metálico, salvo que haya acuerdo entre las partes o si el juez o jueza, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del conviviente obligado.

4. La obligación prescrita por el artículo 14, en el supuesto de la letra a), se extingue, en todo caso, en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y desde el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente; y, en el

supuesto de la letra b), cuando la atención a los hijos o a las hijas cesa por cualquier causa o éstos llegan a la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad.

5. La pensión alimentaria periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca.

Art. 17. Efectos de la ruptura unilateral.—1. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior.

2. Son nulos los actos que contravengan la prohibición establecida por el apartado 1.

Art. 18. Extinción por defunción.—

1. En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia consta, el superviviente tiene la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario. Sin embargo, no accede a la propiedad de los bienes que consistan en joyas u objetos artísticos, u otros que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente premuerto o en la parte que le pertenezca.

2. Durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda común, con la facultad de tomar posesión de la misma y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la importancia de su patrimonio. Este derecho es independiente de los otros que puedan corresponder al superviviente en virtud de la defunción del premuerto. Se exceptúa el caso de que el premuerto haya atribuido al superviviente el

usufructo universal de la herencia con una duración temporal superior a un año. Este derecho se pierde si durante el año el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona o descuida gravemente sus deberes hacia los hijos o las hijas comunes con el premuerto.

3. Si el difunto era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos.

CAPITULO II

Unión estable homosexual

Art. 19. La unión estable homosexual.—Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista.

Art. 20. Requisitos personales.—

1. No pueden constituir la unión estable objeto de esta normativa:

- a) Las personas menores de edad.
- b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.
- c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

2. Por lo menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

Art. 21. Acreditación.—1. Estas uniones se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente.

2. Se hará constar que no se hallan incluidos en ninguno de los supuestos establecidos por el apartado 1 del artículo 20.

3. Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia.

Art. 22. Regulación de la convivencia.—

1. Los convivientes pueden regular válidamente, de forma verbal o mediante documento privado o público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, los derechos y los deberes respectivos. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

2. Si no hay pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

Art. 23. Gastos comunes de la pareja.—

1. Tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos o las hijas de alguno de los miembros de la pareja que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.
- b) Los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja.
- c) Los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

2. No tienen la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

Art. 24. Responsabilidad.—Ante terceras personas, ambos miembros de la pareja responden solidariamente de las obligaciones contraídas en razón del mantenimiento de los gastos comunes que establece el artículo 23, si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación.

Art. 25. Tutela.—En el caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa.

Art. 26. Alimentos.—Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado.

Art. 27. Beneficios respecto a la función pública.—En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los siguientes beneficios:

a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.

b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra localidad.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva con él. Esta reducción es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad, sea o no remunerada,

durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando.

Art. 28. Disposición de la vivienda común.—1. El conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial.

2. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita por el apartado 1 es anulable a instancia del otro conviviente, en el plazo de cuatro años, desde que tenga conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

3. No procederá la anulación permitida por el apartado 2 cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, quien haya dispuesto de la misma responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable.

Art. 29. Efectos de la ruptura.—

1. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior.

2. Son nulos los actos que contravengan la prohibición establecida por el apartado 1.

Art. 30. Extinción de la unión.—

1. Las uniones estables objeto de este capítulo se extinguen por las causas siguientes:

a) Por común acuerdo.

b) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

c) Por defunción de uno de los miembros de la pareja.

d) Por separación de hecho de más de un año.

e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública en que se constituyó.

3. La extinción implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

Art. 31. Efectos de la extinción de la unión en vida de los convivientes.—

1. Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con una retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.

2. Cualquiera de los dos miembros de la pareja puede reclamar al otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en el caso de que la convivencia haya reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.

Art. 32. Ejercicio de los derechos.—

1. Los derechos regulados por el artículo 31 son compatibles, pero se deben reclamar conjuntamente a fin de que se puedan ponderar más adecuadamente.

2. La reclamación ha de formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia.

3. El pago de la compensación económica se hará efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde el reconocimiento. La compensación se satisfará en metálico, salvo acuerdo entre las partes o si el juez o jueza, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del conviviente obligado.

4. La obligación del pago de la pensión periódica se extingue en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y en el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente.

5. La pensión alimentaria periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca.

Art. 33. Extinción por defunción.—

En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia conste, el superviviente tiene los derechos siguientes:

a) A la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario. Sin embargo, no accede a la propiedad de los bienes que consistan en joyas u objetos artísticos o históricos, y otros que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relictivo, en especial los muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente premuerto o en la parte que le pertenezcan.

b) A residir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte del conviviente. Este derecho se pierde si, durante el año, el interesado contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona.

c) A subrogarse, si el difunto era arrendatario de la vivienda, en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos.

Art. 34. Sucesión intestada.—1. En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de la cual consta la convivencia, el supérstite tiene, en la sucesión intestada, los derechos siguientes:

a) En concurrencia con descendientes o ascendientes, el conviviente supérstite que no tenga medios económicos suficientes para su adecuado sustento puede ejercer una acción personal para exigir a los herederos

del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia. También puede reclamar la parte proporcional de los frutos y las rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte del conviviente o de su valor en dinero.

b) Si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto, en concurrencia con colaterales de éste, dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de éstos, si han premuerto, tiene derecho a la mitad de la herencia.

c) A falta de las personas indicadas en el apartado b), tiene derecho a la totalidad de la herencia.

2. En el supuesto previsto por la letra a) del apartado 1, serán de aplicación los siguientes criterios:

a) Para fijar la cuantía del crédito se deducirán los bienes y derechos que el premuerto ha atribuido al conviviente en su herencia, aunque éste renuncie, en unión con los propios del superviviente y con las rentas y salarios que éste percibe, que serán capitalizados, a este efecto, al interés legal del dinero.

b) La cuantía del crédito se limita a los bienes o dinero necesarios para proporcionar al superviviente medios económicos suficientes para su adecuado sustento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto sea superior.

c) El crédito a favor del conviviente superviviente se pierde por renuncia posterior al fallecimiento del causante; por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del superviviente antes de reclamarla; por su fallecimiento sin haberla reclamado, y por la prescripción al cabo de un año a contar desde la muerte del causante.

Art. 35. Sucesión testada.—El conviviente supérstite tiene en la sucesión testada

del conviviente premuerto el mismo derecho establecido por el artículo 34, en el apartado 1.a), con aplicación de los criterios del apartado 2.

DISPOSICION ADICIONAL

En tanto el Estado no legisle sobre las materias reguladas por la presente Ley y sobre la competencia judicial correspondiente, corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos.

DISPOSICION TRANSITORIA

El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente Ley, entre los miembros de las parejas heterosexuales, se tendrá en cuenta a efectos del cómputo de los dos años a que se refiere los artículos 1.º y 2.º únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—La Generalidad, en el marco de sus competencias normativas, regulará por Ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de las formas de unión a que hace referencia la presente Ley referido a los impuestos siguientes:

a) El Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

b) El Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en lo referente a las adquisiciones por título sucesorio.

Segunda.—Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley, los efectos que ésta les otorgue han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban.

Tercera.—La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: LAS MEDIDAS EN LOS CASOS DE CRISIS MATRIMONIAL

Autor: Manuel de Cossío Martínez. Abogado y Profesor de Derecho Civil. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

El trabajo sobre *Las medidas en los casos de crisis matrimonial* es una investigación que se acrisola desde la experiencia en unas aulas, la honestidad de un despacho y la rectitud personal. Mérito del mismo es, a mi juicio, el haber sabido, por una parte, cohonestar la dimensión práctica de la compleja y varia tipología de medidas, delimitando los perfiles institucionales de aquéllas previas (provisionalísimas o cautelares impropias), provisionales y definitivas (genuinamente cautelares en cuanto se dirigen de forma nuclear a garantizar el buen fin de cualesquiera instrumentos operadores en las situaciones de crisis matrimonial), y distinguiendo sus respectivas función, fines o afectos y, por otra parte, armonizar con exquisito pulso nada menos que los tres grandes principios que rigen la materia, el de autonomía de la voluntad, regulador de las previsiones y cargas que deben soportar las diferentes masas patrimoniales en conflicto, el de *favor filii*, y el del necesario arbitrio judicial, fundamentalmente en las materias de modificación ejecución de las medidas.

TÍTULO: LA COMPRAVENTA A PLAZOS DE UN BIEN GANANCIAL

Autor: Adela Serra Rodríguez. Becaria FPI. Universidad de Valencia. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

El presente estudio se centra en el análisis de la regla de responsabilidad que en sede de régimen económico matrimonial de gananciales establece el art. 1370 del CC para aquellas adquisiciones realizadas por sólo uno de los cónyuges cuando el precio del bien adquirido queda aplazado. Al enfrentarse a la tarea de indagar el sentido que cabe atribuir a la consecuencia jurídica establecida en este precepto —responsabilidad del propio bien ganancial adquirido— se relaciona con las diversas reglas de responsabilidad contempladas en el Código Civil, lo cual permite concluir si la regla aquí analizada tiene un carácter excepcional o si, por el contrario, reitera lo ya dispuesto en otras reglas de responsabilidad del texto legal. Además, se acomete la labor de análisis de las diversas hipótesis que tienen cabida en la norma, teniendo en cuenta el reflejo de las mismas en el Registro de la Propiedad, así como los pronunciamientos del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado existentes en la materia.

TÍTULO: LA FAMILIA ENTRE EL PASADO Y LA MODERNIDAD. REFLEXIONES A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL

Autor: Mariano Alonso Pérez. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. Revista Actualidad Civil, núm. 1/1998.

La familia es la más antigua de las instituciones sociales humanas, una institución que sobrevivirá, en una forma u otra, mientras exista nuestra especie, por ello, los ataques a la familia, tenaces y a menudo desproporcionados, han servido para modificar ciertos roles familiares y advertir de los grandes cambios a que está sometida constantemente la institución familiar, pero se revelan incapaces de destruirla. A pesar de que muchos advertían que la sociedad está desfamiliarizándose y auguran un futuro incierto y no muy brillante, olvidaban un dato esencial: que la familia es el mismo ser humano, que no hay sociedad imaginable sin la célula familiar.

El autor hace un perfecto recorrido histórico-jurídico de la familia en nuestra sociedad, sus funciones, sus clases, y cómo no, aborda el tema matrimonio-unionen de hecho, llegando a una serie de conclusiones que son obligado punto de referencia para cualquier debate en la materia.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

SEVILLA

Durante los días 1 y 2 de octubre de 1998, tuvieron lugar en el Auditorio Caja San Fernando de Sevilla las III Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla con la colaboración de Enfoque XXI. Los temas y ponentes fueron los siguientes:

La Adopción: D.^a María Luisa Palay Vallespinos, abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Protección Penal de la Familia. Especial consideración del impago de pensiones: D. Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

Modificación de medidas en las disensiones matrimoniales: D. Rafael Rodríguez Chacón, Abogado y Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid.

Aspectos procesales del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales: D.^a Pilar González Vicente, Magistrada-Juez del Juzgado de Familia n.º 29 de Madrid.

Las jornadas finalizaron en una mesa redonda que contó con la asistencia de todos los ponentes y con la intervención de numerosos asistentes que debatieron temas de actualidad en materia de Derecho de Familia.

VALENCIA

Los días 23 y 24 de octubre tuvieron lugar en el salón de actos de la Caja Rural de Valencia unas jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia con la colaboración de Enfoque XXI y de la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y ponentes fueron los siguientes:

Aspectos procesales del convenio regulador: D. Juan Luis Gómez Colomer, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaime I de Castellón.

Criterios judiciales de aplicación en las rupturas matrimoniales: pensión compensatoria, alimentos y vivienda: D. José Antonio Seijas Quintana, Presidente de la Audiencia Provincial de Asturias.

Aspectos jurídico-penales en Derecho de Familia: D. Jesús Fernández Entralgo, Presidente de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los derechos del menor en el incumplimiento del ejercicio de la patria potestad y del régimen de visitas. El secuestro internacional: D.^a Pilar González Vicente, Magistrada-Juez del Juzgado de Familia n.º 29 de Madrid.

Las Uniones de Hecho: Aspectos sustantivos y procesales: D. Pascual Ortuño Muñoz, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

MADRID

El próximo día 19 de noviembre tendrán lugar en el salón de actos de la Cámara de Comercio de Madrid unas jornadas monográficas sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, organizadas por Enfoque XXI (Tel. 932016160) en la que intervendrán los siguientes ponentes:

Régimen jurídico de la sociedad de gananciales en liquidación: D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de Familia n.º 5 de Málaga.

Tratamiento fiscal de las liquidaciones: D. Alfonso Polo Soriano, abogado e inspector de finanzas, excedente.

La vivienda familiar ganancial: D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

La calificación dudosa de bienes y deudas: D. Angel Rebolledo Varela, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago.

Aspectos procesales del procedimiento de liquidación: D. Eduardo Hijas Fernández, Presidente de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid.