



ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 8, *bis* (extraordinario), julio de 2018

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano

Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15

Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: info@idibe.com

Dirección web:

www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vincenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Domenech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova.
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Nápoles II, Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (EU) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Laura Tafaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad di Bari "Aldo Moro", Italia

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de LUMSA, Palermo, Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Angelone
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

D. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Universidad Jaime I de Castellón, España

D. Francesco La Fata
Doctorando, Universidad del Sannio, Italia

Dra. Anna Malomo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

D. Gonzalo Muñoz Rodrigo.
Becario de Derecho civil, Univesidad de Valencia, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice
Colaboradora en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Nápoles
Parthenope, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

D. Valerio Rotondo
Doctorando, Universidad de Molise, Italia

D. Stefano Sajeve
Magistrado

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dr. Ignazio Tardia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Assistente na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Ricercatore di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

**COMUNICACIONES A LAS VII JORNADAS INTERNACIONALES DE
DERECHO DE FAMILIA EN HOMENAJE AL PROFESOR C.M.
BIANCA, 26 DE ABRIL DE 2018, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA/IDIBE.**

SUMARIO

1. [El indeterminado concepto de “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria y sus problemas de prueba.](#) (Pp. 9 ~ 47)

PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO

2. [No se acaba todo con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano](#) (Pp. 48 ~ 59)

MARÍA DOLORES MÁS BADÍA

3. [La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de diferentes relaciones.](#) (Pp. 60 ~ 80)

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

4. [Pactos de alimentos entre cónyuges: naturaleza jurídica y desistimiento unilateral.](#) (Pp. 81 ~ 99)

CRISTINA BERENGUER ALBALADEJO

5. [La modificación de las necesidades de los hijos y su repercusión en la pensión de alimentos.](#) (Pp. 100 ~ 123)

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ

6. [El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios.](#) (Pp. 124 ~ 139)

INMACULADA GARCÍA PRESAS

7. [La autonomía privada como límite a la regulación legal de las parejas de hecho](#) (Pp. 140 ~ 163)

AURELIO BARRIO GALLARDO

8. [La extinción de la pensión compensatoria: ¿el ex cónyuge como “mantenido”?](#) (Pp. 164 ~ 180)

PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA

9. [Fiscalidad de la familia en situación de crisis matrimonial](#) (Pp. 181 ~ 195)

FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO

10. [La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.](#) (Pp. 196 ~ 225)
M^a JOSÉ SALAR SOTILLOS

11. [Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España.](#)
(Pp. 226 ~ 252)
SARA ZUBERO QUINTANILLA

12. [El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*.](#) (Pp. 253 ~ 264)
JULIA AMMERMAN YEBRA

13. [La especial capacidad de testar.](#) (Pp. 265 ~ 274)
BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ

14. [Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes.](#) (Pp. 275 ~ 288)
REBECA FARIÑA FARIÑA

15. [La llamada “intimidad familiar” y las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte.](#) (Pp. 289 ~ 312)
LUIS DE LAS HERAS VIVES

16. [El pago de la pensión compensatoria por el heredero del deudor: carencias e incoherencias del artículo 101 del Código Civil español.](#) (Pp. 313 ~ 329)
MÓNICA GARCÍA GOLDAR

17. [Cuestiones procesales acerca de la disolución y de la liquidación de la comunidad de bienes gananciales en el proceso de ejecución.](#) (Pp. 330 ~ 345)
VANESA MARTÍ PAYÁ

18. [La extinción de la pensión compensatoria por “convivencia marital”: Significado y finalidad.](#) (Pp. 346 ~ 364)
GONZALO MUÑOZ RODRIGO

19. [Negativa del notario al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio. Consecuencias procesales. Especial referencia al exceso de celo en la Ley de la jurisdicción voluntaria sobre la prestación del consentimiento de los hijos.](#) (Pp. 365 ~ 372)
ANA ISABEL SERVÁN ALEGRE.

EL INDETERMINADO CONCEPTO DE «VIDA MARITAL» COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SUS PROBLEMAS DE PRUEBA

THE UNDETERMINED CONCEPT OF «RELATIONSHIP AKIN TO MARRIAGE» AS A CAUSE OF EXTINCTION OF THE RIGHT TO RECEIVE A COMPENSATORY ALLOWANCE AND THEIR DEMONSTRATION PROBLEMS

PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO
Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León
mpguts@unileon.es

RESUMEN: Pese a las reformas que la Ley 15/2005 acometió en la regulación de la separación y el divorcio y, concretamente, en la figura de la pensión compensatoria (art. 97 CC), el legislador mantuvo incólume un precepto que data del ya lejano 1981 -el artículo 101.1 del Código Civil- en el que se dispone que el derecho a la pensión se extingue si su perceptor contrae nuevas nupcias o pasa a «vivir maritalmente con otra persona».

A la vista de las diversas y variopintas modalidades de la nueva trayectoria vital “de pareja” que puede emprender una persona tras su previa ruptura conyugal (otro matrimonio o una unión more uxorio formalizada y registrada, pasando por noviazgos prolongados, amores pasajeros y relaciones esporádicas, hasta los escarceos sexuales o las más puras “amistades”), el art. 101.1 in fine CC -norma de palmaria obsolescencia y flagrante inadecuación a la actual realidad social y familiar- suscita importantes problemas interpretativos en orden a la prueba de la existencia misma de «vida marital», concepto vago e indeterminado donde los haya. Es, pues, en sede judicial –en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas (ex art. 775 LEC)- donde queda constancia de los medios y recursos probatorios de que el cónyuge deudor de la pensión compensatoria que insta su extinción –y a quien incumbe la carga de la prueba (art. 217 LEC)- puede valerse para demostrar que su anterior consorte mantiene ese tipo de relación de tipo «marital» con un tercero.

Dado que la «vida marital» pertenece a la intimidad de la pareja y, por otra parte, el perceptor de la pensión tratará de ocultar, disimular y disfrazar tal relación para no perder su derecho, resulta verdaderamente arduo y difícil para el cónyuge obligado al pago acreditar dicha relación por pruebas directas; y de ahí que en este ámbito sea frecuente el empleo de las presunciones judiciales que permitan inducir inequívocamente, de signos e indicios objetivos, la efectiva existencia de vida marital (art. 386 LEC). Sin perjuicio de que en algunos casos –contados,

ciertamente- la propia confesión del cónyuge beneficiario de la pensión baste como prueba, tales datos indiciarios o hechos ciertos de los que el juez pueda inferir racionalmente la vida marital vendrán dados, principalmente, por declaraciones de testigos sobre la conducta externa de la pareja; o por la tenencia de un hijo común entre el perceptor de la pensión y otra persona; o por sus cuentas bancarias conjuntas; o por pruebas documentales tales como certificados municipales de empadronamiento en el mismo domicilio, o por informes policiales o, más anecdóticamente, por esquelas en las que figura el nombre de la “pareja” del perceptor/a de la pensión, o, cada vez con mayor frecuencia, por fotos y textos alusivos a la relación de pareja que se publican en Facebook y otras redes sociales. Con todo, la prueba “estrella” en este tipo de pleitos reside en los informes de detectives (art. 265.5 LEC) que ofrecen datos elocuentes e ilustrativos reportajes fotográficos y videográficos sobre la «vida marital» en cuestión.

Desde otra perspectiva, y puesto que el gran caballo de batalla en los procesos sobre extinción de la pensión compensatoria estriba precisamente en acreditar que su perceptor (a menudo mujer) ha pasado a «vivir maritalmente con otra persona» (ya sea hombre u otra mujer), las reflexiones sobre el tema indicado se fundamentarán en el análisis de las dispares interpretaciones judiciales (y también doctrinales) del difuso concepto de «vida marital»; noción sobre la que comienza a abrirse camino una loable postura flexible y aperturista que –tras la jurisprudencia sentada por las SSTS de 9 febrero y 28 marzo 2012, reiterada por la STS 24 marzo 2017- viene a dispensar de la prueba del tradicional requisito de cohabitación bajo el mismo techo y a relativizar igualmente las notas de estabilidad y permanencia de la relación de pareja en cuestión.

PALABRAS CLAVE: separación y divorcio; extinción de la pensión compensatoria; «vida marital»; matrimonio; unión more uxorio; heterogeneidad de las relaciones de pareja; medios de prueba; presunciones judiciales; informes de detectives; indicios de existencia de una relación de pareja (certificados de empadronamiento, cuentas bancarias conjuntas, descendencia en común,...); cohabitación vs. vivencia análoga a la conyugal; permanencia de la relación marital vs. vocación de cierta estabilidad.

ABSTRACT: *Although Law 15/2005 modified the regulation of separation and divorce and, specifically, the figure of the compensatory allowance (article 97 of the Civil Code), the legislator did not modify a precept that dates from the already distant 1981-article 101.1 of the Civil Code- in which it is stipulated that the right to the compensatory allowance is extinguished if your perceiver marries again or happens to «live maritaly with another person».*

It is a fact that after the termination of marriage, the divorcees may engage in many different and variable kinds of relationships (another marriage or de facto marriage formalized and registered, prolonged dating, passanger loves and sporadic relationships, sexual dabbling or the purest "friendships"), the variety of which is only likely to grow given the referred changes in social mores. As a result, the very concept of «situation akin to marriage» has become not only problematic but

largely indeterminate, as indeed is shown by the many contradictions in the case law regarding your demonstration. Therefore, it is in the judicial field -in the procedure of modification of measures (ex art. 775 LEC)-where the means and resources are recorded to show that the spouse debtor of the compensatory allowance that calls for extinction -and who has to demonstrate (art. 217 LEC)- can use to show that your former spouse maintains that type of «situation akin to marriage» with a third party.

Since «relationship akin to marriage» belongs to the intimacy of the couple and, on the other hand, the beneficiary of the compensatory allowance will try to hide and disguise such a relationship so as not to lose its right, it is really arduous and difficult for the spouse obliged to pay demonstrate such a relationship by direct evidence; therefore, the use of judicial presumptions to induce, of unmistakable signs and indications, the effective existence of marital life (ex art. 386 LEC) is common here. Although in some cases -very few, really- the confession of the spouse beneficiary of the compensatory allowance suffices as evidence, such indicarios data or certain facts of which the judge can rationally infer the marital life will be given, mainly, by testimony of witnesses on the external conduct of the couple; or by a common children between the beneficiary of the compensatory allowance and another person; or by their joint bank accounts; or by documentary evidence such as municipal registration certificates in the same domicile, or by police reports or, more anecdotally, by obituaries in which the name of the "couple" is listed, or, more and more frequently, by photos and texts alluding to the relationship of couple that are published on Facebook and other social networks. However, the "star" demonstration in this type of case law is the detective reports (art. 265.5 LEC) that offer data and eloquent photographs on the «situation akin to marriage» in question.

From another perspective, and since the most controversial point in the process of extinction of the compensatory allowance is precisely to certify that their perceiver (often a woman) has gone to «living maritally with another person» (either man or another woman), the reflections on the subject indicated will be based on the analysis of the disparate judicial interpretations (and also scholarly debates) of the diffuse concept of «situation akin to marriage»; notion on which begins to open way a laudable flexible and open understanding that -after the jurisprudence seated by the SSTS of 9 February and 28 March 2012, reiterated by STS 24 March 2017- comes to which puts less of an onus on the requirement of living together in one same house, and which renders less stringent the requirements of stability and permanence of the relationship as such.

KEY WORDS: separation and divorce; extinction of the compensatory allowance; «relationship akin to marriage»; marriage; de facto marriage; heterogeneity of partner relationships; demonstration media; judicial presumptions; detective reports; evidence of the existence of a couple relationship (registration certificates, joint bank accounts, children in common,...); cohabitation vs. relationship akin to marriage; permanence of the marital relationship vs. vocation of some stability.

FECHA DE ENTREGA: 21/05/2018 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/06/2018

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.- II. PROBLEMÁTICA PROBATORIA DE LA «VIDA MARITAL» COMO CAUSA EXTINTIVA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- 1. La dificultad de pruebas directas y el recurso a las presunciones judiciales.- A) El común intento de “ocultación” por el perceptor de la pensión de su relación marital con un tercero.- B) Supuestos (excepcionales) de confesión o reconocimiento de la existencia de vida marital por el titular del derecho a pensión.- C) La utilidad de la prueba indiciaria o por presunciones.- 2. Principales medios acreditativos de los indicios de «vida marital» y examen particular de su respectiva eficacia probatoria.- A) Declaraciones testificales: testimonios “de referencia”, testimonios imparciales y testimonios de familiares o amigos.- B) Reportajes e informes de detectives: la prueba “estrella” en los pleitos de extinción de la pensión compensatoria por vida marital de su perceptor.- C) Pruebas documentales varias: informes policiales, certificados de empadronamiento, esquelas, fotografías y comentarios publicados en redes sociales.- D) Cuentas bancarias conjuntas.- 3. La tenencia de hijos comunes del perceptor de la pensión compensatoria con otra persona.- A) Jurisprudencia menor proclive a su gran valor indiciario de la «vida marital» entre ambos progenitores.- B) Corriente jurisprudencial mayoritaria que relativiza el valor probatorio de la descendencia en común.- III. VAGUEDAD DE LA EXPRESIÓN «VIVIR MARITALMENTE» DEL ARTÍCULO 101.1 DEL CÓDIGO CIVIL Y DIVERGENCIAS INTERPRETATIVAS EN ORDEN A SU PRUEBA ANTE LOS TRIBUNALES.- 1. Interpretación judicial *restrictiva*: la exigencia de prueba de convivencia en la misma vivienda, con cohabitación estable y análoga a la matrimonial, como requisitos para la extinción de la pensión por desequilibrio económico.- 2. La vida marital y su interpretación judicial *in dubio pro* deudor de la pensión compensatoria: el carácter prescindible de la prueba de la cohabitación del beneficiario de la pensión con un tercero y la relajación de las notas de habitualidad y permanencia de su relación de pareja.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En ausencia de matrimonio -del matrimonio “de toda la vida” y formalmente celebrado (arts. 49 y ss. CC)- y faltando también el status de unión de hecho estable -conforme a las diferentes exigencias marcadas por las leyes autonómicas *ad hoc* (inscripción en el correspondiente Registro, documento notarial de constitución, etc.)-, las relaciones de pareja admiten una infinita gama de grados de intensidad que, desde el noviazgo más o menos prolongado, pasando por los amores pasajeros y las relaciones sentimentales esporádicas, hasta los encuentros sexuales casuales o las meras “amistades”, no admiten una catalogación exacta y, según apunta la SAP de Navarra de 4 octubre 1996¹, resultan “muy difíciles de traducir a términos jurídicos, dada la inabordable diversidad de los sentimientos humanos, incluido claro está las manifestaciones perceptibles *ad extra* de los mismos”.

¹ SAP Navarra 4 octubre 1996 (AC 1996, 1887).

Entre el más frívolo escarceo o la más casta relación de amigos y el vínculo matrimonial o de una pareja de hecho debidamente registrada existe una riquísima variedad y escala de situaciones intermedias, que a veces se aproximarán con meridiana claridad a unos u otros extremos, pero que en muchos otros casos tendrán perfiles muy borrosos que colocarán la relación en cuestión en una zona de penumbra y harán de su delimitación algo puramente casuístico y de imposible definición a través de patrones fijos y estandarizados.

Así las cosas, y no obstante ese variopinto panorama que ofrece la realidad de las relaciones interpersonales, es sabido que son numerosos y diversos los ámbitos donde se halla consagrada legalmente (o contemplada jurisprudencialmente) la incidencia que en unos u otros aspectos jurídicos tienen las llamadas «*relaciones análogas a la conyugal*» o *la vida o convivencia de tipo «marital»*². Pues bien, a efectos de acotar el objeto y dimensiones de este trabajo hemos seleccionado, como banco de pruebas para mostrar las dificultades que encierra la acreditación de una relación «marital» o «análoga a la matrimonial», la previsión que en orden a la extinción de la pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio contiene el último inciso del artículo 101.1 del Código Civil. Según reza este precepto, «*el derecho a la pensión se extingue*³ por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor

² Además de sus posibles repercusiones administrativas y fiscales, de su gran trascendencia en el orden penal (especialmente a efectos de la tipificación como delito de violencia de género de determinadas lesiones, amenazas o coacciones) y de las implicaciones relativas a prestaciones de Seguridad Social –campo donde se alza el espinoso problema de la pensión de viudedad-, ciñéndonos a la esfera civil cabe recordar a título meramente ejemplificativo, y obviando toda alusión a las múltiples previsiones en la ingente normativa de las Comunidades Autónomas, la mención explícita del Código Civil a tales situaciones de vida marital en materia de emancipación por concesión judicial (art. 320.1º CC) o de cesación de las facultades para conceder mejoras (art. 831.5 CC), así como el común criterio judicial que extiende a las parejas no casadas los términos “cónyuge” o “consorte” en sede de delación de la tutela (art. 234.2º CC) o en varias cuestiones atinentes a la adopción de menores –posibilidad de adopción conjunta (art. 175.4 CC), exención de propuesta previa de la entidad pública (art. 176.2.2º CC) y asentimiento a la adopción (art. 177.2.1º CC)-. A ello se suman las referencias a esas relaciones de pareja que efectúan algunas leyes civiles especiales como, señaladamente, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana (Ley 14/2006, de 26 mayo), la Ley de Arrendamientos Urbanos -que, de forma pionera, ya en 1994 amplió el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento al conviviente «en *análoga* relación de afectividad» a la conyugal, con independencia del carácter heterosexual u homosexual de tal relación [art. 16.1.b) LAU]-, la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil respecto al acceso a determinados datos de publicidad restringida (art. 84.3), y un sinfín más de normas que en la legislación civil estatal aluden a las situaciones de hecho asimilables al matrimonio.

³ Tanto la doctrina unánime como nuestros tribunales -p.ej. SS. AP de Granada de 27 febrero 2014 (JUR 2014, 127843) y 30 marzo 2012 (JUR 2012, 242847)- consideran que el elenco de causas extintivas de la pensión compensatoria recogido en el art. 101.1 CC tiene carácter *abierto* y *no exhaustivo*, por lo que existen otras causas de extinción no mencionadas expresamente por dicho artículo, tales como la prescripción (art. 1966.3º y art. 1964 en concordancia con el 1971 CC), la renuncia (art. 6.2 CC), la muerte del acreedor (*ex* art. 32 CC) –que no la del deudor (art. 101.2 CC)-, la reconciliación de los cónyuges separados (art. 84), la condición resolutoria, el término (art. 97.1), etc.

nuevo matrimonio o *por vivir maritalmente con otra persona*⁴».

Ciertamente, frente a la escasa litigiosidad acerca de la causa extintiva de la pensión compensatoria por nuevo matrimonio de su perceptor⁵, los repertorios jurisprudenciales están repletos, en cambio, de sentencias donde se zanján pleitos en que se cuestiona la procedencia de la extinción o no de dicha pensión por vida marital⁶ de su beneficiario con otra persona (ya sean de distinto o de igual sexo⁷).

⁴ Esta causa extintiva se halla asimismo prevista por el art. 233-19.1.b) del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio).

⁵ *Vid.* las SS. AAPP Málaga 26 mayo 2010 (JUR 2010, 371445) y Zaragoza 11 julio 2005 (JUR 2005, 194601).

⁶ En sus términos literales, el art. 101.1 CC contempla la vida marital como causa por la que «se extingue» la pensión -derecho a la pensión que habrá sido *previamente establecido*, bien en convenio regulador, bien en la sentencia de separación o divorcio-. Y ciertamente, la gran mayoría de las resoluciones judiciales aplican tal norma a esos precisos efectos de «extinguir» a *posteriori*, a través del oportuno procedimiento de modificación de medidas (art. 775 y concordantes LEC –como exige el Auto AP Barcelona 6 febrero 2018 (JUR 2018, 82899)-, *la referida relación obligacional ya existente* entre el cónyuge perceptor de la pensión y el cónyuge obligado a su pago. Sin embargo, interesa poner en evidencia que la vida marital, además de como causa de extinción, juega también como causa *impeditiva* de la existencia misma de pensión compensatoria, por lo que, con patrones de la más pura lógica, si uno de los cónyuges implicados en el proceso de separación o divorcio vive maritalmente con un tercero «carecerá del derecho a la pensión» -SAP Sevilla 26 abril 2000 (JUR 2000, 220807)-. Así, afirman nuestros tribunales en tal sentido que la vida marital a que se refiere el art. 101.1 *in fine* CC legitima «para extinguir o para impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria» -SAP Zaragoza 14 marzo 2017 (JUR 2017, 105137)-, que «la convivencia marital con otra persona, de concurrir en el momento de solicitarse la declaración del derecho a la pensión, devendría *causa de no nacimiento* del mismo» -SAP Toledo 3 febrero 2016 (JUR 2016, 58695)-, o que la vida marital, aun prevista por el art. 101.1 CC como causa de extinción de la pensión compensatoria, «supone también un impedimento legal inexcusable para el reconocimiento de tal derecho, que debe operar de forma automática una vez demostrada su concurrencia, al margen de que se produzca, por efecto de la ruptura matrimonial, el desequilibrio económico que determinaría, en otro caso, la concesión de la pensión» -SAP La Coruña 12 enero 2012 (JUR 2012, 39415)-. *Vid.* en la misma línea, p.ej. la S. TSJ Cataluña 21 febrero 2013 (JUR 2013, 152687) y las SS. AAPP Murcia 8 febrero 2018 (JUR 2018, 95643), Madrid 26 enero 2018 (JUR 2018, 73375) y Cádiz 2 febrero 2016 (JUR 2016, 86441). En particular sobre el tema, *vid.* mi estudio, a propósito de la STS Sala 1ª de 11 diciembre 2015 (JUR 2015, 306777) –revocatoria de la SAP Madrid 10 abril 2014 (127058)-: GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “El juego de la autonomía de la voluntad y sus límites en los convenios reguladores de la separación y del divorcio (Su proyección sobre la «vida marital» como causa extintiva e impeditiva del derecho a pensión compensatoria)”, en AA.VV.: *Liber Amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2016, pp. 375-397.

⁷ Ninguna dificultad entraña hoy la posibilidad de que la causa extintiva de la pensión compensatoria por vida marital de su beneficiario con otra persona derive de una relación tanto heterosexual como *homosexual* -*vid.* en este sentido SS. AAPP Salamanca 30 abril 2010 (JUR 2010, 231717) y Zaragoza 17 noviembre 2015 (JUR 2015, 298528); y en la doctrina, p.ej. MESA MARRERO, C.: *Las Uniones de Hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p.213; PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales, Tratado de Derecho de Familia*, T.IV, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 950-. Pero incluso con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que vino a consagrar en España la admisibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo -nuevo art. 44.2º CC, bendecido por la STC 6 noviembre 2012 (RTC 2012, 198)-, ya los tribunales decretaron, cierto que en escasas ocasiones, la supresión del derecho a la pensión de una *mujer divorciada* por razón de su ulterior convivencia de tipo marital *con otra mujer* -SS. AAPP Jaén 15 noviembre 2002 (AC 2003, 32) y

Como los propios tribunales se encargan de recordar, “de todas las causas de extinción de la pensión compensatoria establecidas en el art. 101 CC, es la última de ellas, «la vida marital con otra persona», la que ha merecido mayor atención jurisprudencial, probablemente porque se trata de una mera situación de hecho a la que el legislador ha dotado de efectos jurídicos asemejándola al matrimonio⁸, siendo *la jurisprudencia la que ha ido perfilando su concepto y requisitos*” (SS. AAPP Baleares 27 marzo 2013⁹ y Valencia 20 febrero 2013¹⁰). Ahora bien, debe advertirse de antemano que el modo en que se ha ido “perfilando” por nuestros órganos judiciales el concepto y requisitos de la vida marital, lejos de ser uniforme, refleja una importante dosis de heterogeneidad y una contraposición de pareceres que basculan, principalmente, en torno a dos grandes líneas interpretativas –de las que se dará cuenta en la parte final de este estudio-. Pero además, y es este el punto central sobre el que versará el presente trabajo, la propia praxis revela que, en la realidad, la concreción judicial del significado de la expresión «vivir maritalmente» empleada por el art. 101 CC, en cuanto *prius* lógico en la teoría, se entremezcla y ensambla de forma unitaria con el *thema probandi* viniendo a condicionar aquella misma indeterminada noción; y es que –como afirma MUÑOZ SABATÉ– “nadie dudará de la abundancia y floritura de contenidos fácticos que registra una litis de este tipo, de tal manera que los problemas de hecho suelen superar a los de derecho” y el juez habrá de penetrar en la hondura de los hechos tanto como en las normas reguladoras de la materia¹¹. En efecto, no puede obviarse que “si bien es fácil acreditar –documentalmente– las nuevas nupcias o el hecho de haber formalizado una unión estable de pareja (conforme a su correspondiente Ley autonómica), es muy distinta la cuestión cuando se trata del supuesto de *vivir maritalmente con otra persona, donde el problema práctico que se plantea es el de su demostración*” (SAP Barcelona 28 junio 2017¹²). Sobre esa premisa y centrándonos, pues, en la problemática que envuelve la prueba de la vida marital del cónyuge perceptor de la pensión compensatoria, comencemos por exponer las circunstancias que rodean la misma y que, sembrándola de obstáculos, determinan la mayor o menor virtualidad

Vizcaya 16 marzo 2001 (JUR 2001, 185550)-.

⁸ A la hora de justificar que la Ley 13/1981, al redactar el art. 101 CC, equiparase la vida marital con el matrimonio a efectos extintivos de la pensión compensatoria, la jurisprudencia menor considera que la finalidad buscada, “toda vez que las nuevas nupcias del perceptor son causa de extinción de la pensión, fue *evitar situaciones fraudulentas consistentes en no contraer nuevo matrimonio para no perder el derecho a la pensión*” -SS. AAPP Albacete 17 marzo 2005 (JUR 2005, 96570) y Málaga 20 abril 2016 (JUR 2016, 263646). Igualmente cuenta con el beneplácito de la doctrina esa asimilación que entre el matrimonio y la vida marital realiza el art. 101 con el lógico propósito de reaccionar y cercenar el temido y realista riesgo de *situaciones abusivas derivadas de un posible fraude de ley* (vid. entre otros, NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Comentario art. 101 CC”, en A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ -dir.-, *Código Civil Comentado*, T.I, Cizur Menor, Civitas, 2011, p. 546; VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera”, *La Ley*, Vol.4, 2010, pp. 1733-1734; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 102).

⁹ SAP Baleares 27 marzo 2013 (JUR 2013, 164667).

¹⁰ SAP Valencia 20 febrero 2013 (JUR 2013, 156143).

¹¹ MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso matrimonial*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 75.

¹² SAP Barcelona 28 junio 2017 (JUR 2017, 290496). Vid. igualmente la SAP Girona 25 abril 2006 (JUR 2006, 266444).

de *los medios de prueba* empleados y repercuten en la valoración misma de tales pruebas.

II. PROBLEMÁTICA PROBATORIA DE LA «VIDA MARITAL» COMO CAUSA EXTINTIVA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. La dificultad de pruebas directas y el recurso a las presunciones judiciales

A) El común intento de “ocultación” por el perceptor de la pensión de su relación marital con un tercero

Nuestros tribunales son plenamente conscientes de que una relación de tipo marital “normalmente se desarrolla en el ámbito *privado*” o en “la esfera *íntima* de las personas” (SAP Sevilla 15 marzo 2017)¹³ y, como en tono romántico afirma la SAP Zaragoza 16 mayo 2005¹⁴, “ciertamente no es sencillo indagar en el interior del alma humana y descifrar sentimientos, intenciones y deseos”. Por eso, según señala la SAP Barcelona 1 febrero 2001¹⁵, tal vida marital ha de revelarse, siquiera a través de indicios, más allá “de lo que es el núcleo privado e infranqueable del desenvolvimiento humano”. Y de ahí que la prueba de una relación de vida marital “sea compleja, pues se adentra en el orden de los sentimientos, y sólo pueda inferirse de los actos externos manifestados” (SAP Toledo 22 abril 2013)¹⁶.

Se acentúa además el problema probatorio porque, salvo honrosas pero escasas excepciones, el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria ocultará celosamente su intimidad para evitar que el conocimiento de una relación de tal índole pueda truncar su percibo de la pensión. No ajenos a esa natural tendencia, los órganos judiciales destacan reiteradamente “la clandestinidad y extraordinario recato que generalmente rodea las relaciones personales de esta clase” (SAP Cádiz 29 abril 2010¹⁷); y así, se afirma al respecto que “el titular del derecho a la pensión, por lo común, pretende la ocultación” de su relación marital (SAP Zaragoza 7 marzo 2018¹⁸) y “se cuida mucho de ofrecer signos” que exterioricen la misma (SAP Asturias 5 abril 2000)¹⁹, pues “a nadie se escapa el lógico interés que subyace

¹³ SAP Sevilla 15 marzo 2017 (JUR 2017, 241188).

En la difícil prueba de la existencia de una relación marital “al incidir en la vida íntima de la pareja” insisten también las SS. AAPP de Murcia 8 febrero 2018 (JUR 2018, 95643), Asturias 10 noviembre 2017 (JUR 2017, 30907415), Guipúzcoa 16 diciembre 2016 (JUR 2017, 65511) y Badajoz 30 octubre 2015 (JUR 2015, 273220).

¹⁴ SAP Zaragoza 16 mayo 2005 (JUR 2005, 121577).

¹⁵ SAP Barcelona 1 febrero 2001 (JUR 2001, 133653).

¹⁶ SAP Toledo 22 abril 2013 (JUR 2013, 202194).

¹⁷ SAP Cádiz 29 abril 2010 (JUR 2010, 216056).

¹⁸ SAP Zaragoza 7 marzo 2018 (JUR 2018, 116268).

¹⁹ SAP Asturias 5 abril 2000 (AC 2000, 993). Como bien observa al respecto BARCELÓ DOMÉNECH, J., *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Valencia, Tirant lo

en ocultar estas situaciones por quien corre el riesgo de perder unos ingresos económicos por tal motivo” (S. TSJ Cataluña 26 noviembre 2009²⁰ y SAP Lleida 3 marzo 2017)²¹.

De la conjunción de ambas circunstancias –por un lado, que la relación de vida marital “pertenece a la intimidad de la pareja y al ámbito intencional de la misma” y, por otro, que “de ordinario será negada o disimulada ante el deudor de la pensión” (SAP Vizcaya 13 julio 2017²²) y el perceptor “tratará de ocultarla para evitar perder su derecho” (SAP Pontevedra 21 abril 2014²³)- se sigue de forma ineludible, como ya apuntan tenuemente algunas de las resoluciones antes reseñadas, *lo arduo y difícil que a menudo resultará al cónyuge demandante de la extinción aportar pruebas directas* que acrediten de modo fehaciente la realidad de una relación de esa naturaleza (SS. AAPP La Coruña 20 septiembre 2017²⁴ y Zaragoza 16 mayo 2017)²⁵.

B) Supuestos (excepcionales) de confesión o reconocimiento de la existencia de vida marital por el titular del derecho a pensión

Con todo, y sin perjuicio de lo dicho, no faltan ocasiones –contadas, ciertamente– en que basta como prueba la propia confesión judicial del cónyuge demandado (el beneficiario de la pensión), ya que su vida marital con un tercero llega a ser *reconocida y admitida* por él mismo en el juicio²⁶. Así aconteció, por ejemplo, en el pleito

Blanch, 2006, pp. 158-159, aunque el perceptor de la pensión suele ser especialmente cuidadoso en no dejar rastro documental alguno de la relación que mantiene, tampoco faltan situaciones en que aquel y su pareja están *inscritos* en un Registro municipal o autonómico de uniones de hecho -SAP Navarra 3 marzo 2010 (JUR 2010, 234788)-, o reflejan el mismo domicilio en la *inscripción de nacimiento* de un hijo en común -SAP Vizcaya 7 marzo 2001 (JUR 2001, 299521)-, o pretenden la inclusión del compañero en las prestaciones médicas de las que es beneficiaria la acreedora de la pensión -SAP Lleida 7 septiembre 1998 (RGD, 1999, p. 8616)-.

²⁰ S. TSJ Cataluña 26 noviembre 2009 (RJ 2010, 75).

²¹ SAP Lleida 3 marzo 2017 (JUR 2017, 128969). *Vid.* igualmente, entre otras muchas, las SS. AAPP Pontevedra 21 septiembre 2017 (JUR 2017, 252584), Zaragoza 9 mayo 2017 (JUR 2017, 135667), Asturias 14 julio 2017 (JUR 2017, 227873) y León 10 enero 2013 (JUR 2013, 54068).

²² SAP Vizcaya 13 julio 2017 (JUR 2017, 235928).

²³ SAP Pontevedra 21 abril 2014 (JUR 2014, 216714).

²⁴ SAP La Coruña 20 septiembre 2017 (JUR 2017, 251099).

²⁵ Zaragoza 16 mayo 2017 (JUR 2017, 159997). *Vid.* también las SS. AAPP Zaragoza 7 marzo 2018 (JUR 2018, 116268), Madrid 10 mayo 2016 (JUR 2016, 164400), Cádiz 13 marzo 2015 (JUR 2015, 127524) y Almería 16 diciembre 2013 (JUR 2014, 74489), o la SAP Lleida de 22 diciembre 2000 (JUR 2001, 54709) en la que se afirma que “*no es fácil la obtención de una prueba directa de la causa de extinción de la pensión por vida marital, sin que con ello se corra el riesgo de vulnerar la intimidad personal*”.

²⁶ Aunque la indicada tendencia a la ocultación de la vida marital por el perceptor de la pensión llevará a menudo a los jueces a mirar con suspicacia las declaraciones vertidas por aquél en su interrogatorio en el juicio, *cuando dicho cónyuge confiese su relación de tipo marital con otra persona* cabrá convenir en la idea general –expresada, por ejemplo, por MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso*, 1981, cit., p. 90- de que “si la valencia probática de la confesión descansa en la presunción de que nadie se quiere mal a sí mismo, al menos inútilmente, este será el mejor argumento” para aceptar lo sostenido por aquel cónyuge. También en esa dirección se orienta la SAP Valencia 9 marzo 2010 (JUR 2010, 196822) cuando afirma que en el presente caso “la relación y convivencia marital puede

resuelto por la SAP Badajoz 28 junio 2005²⁷, que dejó sin efecto la pensión compensatoria por dos años fijada en la sentencia de divorcio a favor de la esposa, pues esta misma “reconoció en su interrogatorio que convive maritalmente y de manera estable en el anterior domicilio conyugal con una tercera persona, la cual contribuye económicamente al sostenimiento de los gastos de la casa”. También a la SAP Madrid 9 marzo 2011²⁸ le bastó aducir, para extinguir la pensión, que “la propia demandada reconoce en su interrogatorio que desde hace ya ocho años mantiene una relación estable de pareja con un hombre, con el cual convive en una vivienda que fue adquirida por ambos”. El mismo criterio sigue la SAP Málaga 11 enero 2011²⁹, donde la única prueba de la vida marital estribó en que en el interrogatorio en juicio “la demandada manifestó que, junto con sus hijos, ha convivido con D. Juan durante unos catorce años, hasta que este falleció hace dos años”. Y por mencionar un último ejemplo, recordemos la SAP Barcelona 12 abril 2012³⁰ que, al objeto de denegar la compensación por desequilibrio económico (en la modalidad de prestación única consistente en la entrega de 40.000 euros) que la mujer había solicitado en el proceso de divorcio, se fundó en que la realidad de su convivencia con un hombre era un hecho plenamente admitido por aquella, pues “en el acto de la vista la Sra. Magdalena informó de que tiene una nueva pareja con la que convive en lo que fuera el domicilio conyugal y que contribuye al pago del alquiler”³¹.

C) La utilidad de la prueba indiciaria o por presunciones

Dejando de lado los excepcionales casos anteriormente mencionados, las dificultades con que habitualmente se topa el cónyuge obligado al pago de la pensión compensatoria para probar de modo directo la vida marital de su anterior consorte con un tercero hacen que sea “preciso acudir en la mayor parte de las ocasiones a las pruebas indiciarias o de presunciones” (SAP Murcia 8 febrero 2018³²) y de ahí el consiguiente “predicamento que se suele dar a esa prueba indirecta de presunciones” (SAP Asturias 14 julio 2017³³).

Según ha advertido en tal sentido la AP de Barcelona, “la vida marital del beneficiario de la pensión compensatoria con otra persona, aludida por el art. 101 CC como uno de los supuestos de extinción de la pensión, *no ha de ser notoria*, pues

deducirse de las propias respuestas evasivas de la mujer demandada relativas a la pernocta de su amigo en su casa (“si él duerme en mi casa, es cosa íntima mía” –manifestó en el juicio–), lo que se debe valorar como *admisión de los hechos* que le sean perjudiciales”.

²⁷ SAP Badajoz 28 junio 2005 (JUR 2006, 46115).

²⁸ SAP Madrid 9 marzo 2011 (JUR 2011, 191288).

²⁹ SAP Málaga 11 enero 2011 (JUR 2011, 335388).

³⁰ SAP Barcelona 12 abril 2012 (JUR 2012, 179507).

³¹ Otros asuntos en que, *sin necesidad de más pruebas*, la beneficiaria de la pensión ha reconocido de forma diáfana vivir maritalmente con otro hombre pueden verse en las SS. AAPP La Rioja 16 enero 2015 (JUR 2015, 72518), Murcia 27 marzo 2013 (JUR 2013, 189249), Baleares 30 marzo 2012 (JUR 2012, 150304) y Asturias 15 diciembre 2011 (AC 2012, 41).

³² SAP Murcia 8 febrero 2018 (JUR 2018, 95643).

³³ SAP Asturias 14 julio 2017 (JUR 2017, 227873).

la convivencia análoga a la matrimonial puede configurarse con tal discreción que elimine la notoriedad, resultando obligado señalar que la dificultad de prueba del hecho extintivo puede verse paliada mediante el empleo racional de las presunciones” (S. 15 abril 1999³⁴). Abundando en esas ideas, también las SS. AAPP de La Coruña 20 septiembre 2017³⁵ y Murcia de 17 octubre 2017³⁶ subrayan que “ante las serias dificultades que ordinariamente se presentan para la obtención de una plena prueba directa de tal circunstancia, se debe considerar suficiente la prueba indiciaria, siempre que las evidencias sean serias y plausibles, de tal suerte que permitan inferir el hecho base que se trata de justificar –la vida marital- aplicando *las reglas de la lógica y del sano criterio*, como señala el art. 386.1 de la LEC” al regular *las presunciones judiciales*³⁷.

En suma, pues, y como ha escrito algún autor refiriéndose a estos pleitos matrimoniales, es evidente que en ellos “la materia fáctica suele estar constituida por hechos íntimos o psíquicos cuya estampación se produce sobre medios difícilmente localizados o trasladables al proceso. De un modo muy gráfico y pedestre diríamos que se trata, generalmente, de «secretos de alcoba». Por consiguiente, la probática debe valerse aquí muy frecuentemente de signos o indicios como único medio para fijar los hechos controvertidos en la litis”³⁸.

Ahora bien, admitida la necesidad de acudir a las pruebas presuntivas -como única forma en muchos casos- para dar por cierta la relación de vida marital, el problema en la práctica estará, como siempre acontece cuando se acude a tal vía de las presunciones judiciales, en discriminar entre aquellos datos sólidos, relevantes y verdaderamente indiciarios -que, en cuanto hechos objetivos admitidos o demostrados, conducen racionalmente a deducir la existencia de vida marital- y lo que las SS. AAPP de Valladolid 10 mayo 2000³⁹ y Toledo 25 noviembre 2015⁴⁰ califican como “*meras sospechas*” o “*simples argumentos especulativos que no alcanzan la categoría de indicios* suficientes en base a los que articular el proceso deductivo propio de las presunciones” y no permiten, en consecuencia, dar por probada con firme convicción dicha causa extintiva de la pensión compensatoria.

2. Principales medios acreditativos de los indicios de «vida marital» y examen particular de su respectiva eficacia probatoria

³⁴ SAP Barcelona 15 abril 1999 (AC 1999, 858).

³⁵ SAP La Coruña 20 septiembre 2017 (JUR 2017, 251099).

³⁶ SAP Murcia 17 octubre 2017 (JUR 2017, 309040).

³⁷ *Vid.* en la misma línea, al amparo del art. 386 de la LEC 1/2000 de 7 de enero, p.ej. las SS. AAPP Asturias 10 noviembre 2017 (JUR 2017, 30907415), Pontevedra 21 septiembre 2017 (JUR 2017, 252584), Segovia 30 junio 2016 (JUR 2016, 195197), La Coruña 6 junio 2016 (JUR 2016, 165785) y Madrid 23 septiembre 2016 (JUR 2016, 231759).

³⁸ *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso*, cit., p. 81.

³⁹ SAP Valladolid 10 mayo 2000 (JUR 2000, 180060).

⁴⁰ SAP Toledo 25 noviembre 2015 (JUR 2016, 8802).

Vid. también la SAP Islas Baleares 26 marzo 2018 (JUR 2018, 142666).

Los datos o indicios en que el juez podrá fundarse para inferir de forma indubitada, a través de un nexo lógico y razonable, la existencia de una relación de vida marital, vendrán dados por pruebas complementarias de orden testifical, documental, etc.⁴¹; instrumentos probatorios varios de cuya respectiva eficiencia y relevancia nos vamos a ocupar seguidamente.

A) Declaraciones testificales: testimonios “de referencia”, testimonios imparciales y testimonios de familiares o amigos

Comencemos por examinar el papel de la prueba de testigos dentro de la idiosincrasia propia de los procesos matrimoniales que nos ocupan⁴².

Aparte de que algunos de los datos que serían más claramente reveladores de una vida marital entrarán, según se ha dicho, dentro de las relaciones más íntimas de las personas y, generalmente desconocidos por terceros, no habrá sobre ellos posibilidad de prueba testifical alguna de tipo directo⁴³, es preciso también tener en cuenta que, incluso respecto del testimonio sobre signos externos de la relación - casi siempre sobre signos conductuales de la pareja-, convendrá en determinados casos relativizar el valor de la prueba testifical. No en vano, a fin de resguardarse de posibles colusiones o connivencias fraudulentas de alguno de los litigantes, los tribunales miran con cierto recelo y restan a menudo importancia a las declaraciones de los testigos propuestos por las partes, pues es natural que sus manifestaciones sean de marcado carácter subjetivo, interesado y parcial a favor del cónyuge proponente (SAP Barcelona 25 abril 2001⁴⁴) y de sentido radicalmente

⁴¹ Como al respecto señalan las SS. AAPP Girona 6 junio 2002 (AC 2002, 1106) y Madrid 28 febrero 2011 (JUR 2011, 192212), lejos de tratarse de una «exigencia probatoria diabólica», la prueba de la vida marital “dispone de numerosas posibilidades demostrativas, que van desde los informes de detectives dotados de rigurosidad y objetividad (movimientos y estancias puntuales, datados y acreditados convenientemente), a pruebas documentales (empadronamiento, números telefónicos y cuentas comunes, buzón compartido...), testificales, etc.”.

⁴² Ha escrito al respecto MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso*, cit., p. 91, que parece casi inconcebible que en tales procesos falte la prueba testifical pues, aunque “los hechos acontecen generalmente en la intimidad, la fuerza de las pasiones rompe fácilmente el círculo de la diada y expande sus ondas a estratos vecinos. *Dos personas no pueden amarse sin que a poco tiempo lo capten sus prójimos*. Naturalmente, no es cometido de la prueba testifical comunicar impresiones sino hechos, pero estos últimos pueden ser interpretados para corroborar impresiones. Y eso es lo que permite dicha prueba: narrar hechos objetivos que en manos del juzgador sirvan como síntomas para el diagnóstico, o –de acuerdo con un lenguaje jurídico- como indicios que fundamenten una vehemente presunción”.

⁴³ De ahí que, dentro de los procesos matrimoniales, se suela limitar el valor probatorio de lo que MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso*, cit., p. 91, denomina un mero “testimonio de referencia o de séptima mano, como los abundantes casos en que los testigos narran intimidades que no percibieron directamente pero que les han sido relatadas por sus protagonistas” o por personas a las que, a su vez, estos se las contaron (y así sucesivamente). *Vid.* al respecto la SAP Badajoz 23 febrero 2017 (JUR 2017, 82087).

⁴⁴ SAP Barcelona 25 abril 2001 (AC 2001, 1037). Frente a la solicitud del marido de extinción de la pensión por vida marital de su ex mujer con otra persona, resolvió en este asunto la AP que tal petición había de ser rechazada “dado que de la testifical practicada a instancia del esposo, de marcado carácter subjetivo y parcial en su favor, en virtud de lazos de amistad, no puede inferirse que la mera relación sentimental de la demandada con un tercero sea en realidad constitutiva de una convivencia estable

opuesto según que el testimonio en cuestión haya de favorecer al perceptor de la pensión o al obligado a su pago (SAP Asturias 5 abril 2000⁴⁵); ello sin descartar que, a veces, tales declaraciones testificales puedan estar guiadas únicamente por motivos espurios (SAP Vizcaya 5 enero 2010)⁴⁶.

Con todo, y aceptada la prevalencia de “los testimonios de gente imparcial, ajena al conflicto” (SAP La Coruña 16 abril 2010)⁴⁷, tampoco faltan asuntos en que, por insólito que pudiera parecer, es el testimonio de una *amiga* de la beneficiaria de la pensión o el de su propio *hermano* -quienes declararon ser público y notorio que aquélla vivía en pareja con un hombre- lo que ha llevado al órgano judicial a dar por probada la causa extintiva de la pensión compensatoria prevista por el art. 101.1 *in fine* CC (SS. AAPP Barcelona 14 mayo 1996⁴⁸ y Pontevedra 2 octubre 2013)⁴⁹.

Particular problemática rodea en especial el *testimonio de los hijos* de los cónyuges litigantes, que, en algunas ocasiones, es considerado “vital” (SAP Málaga 17 mayo 2002⁵⁰) y “especialmente significativo” (SAP Murcia 9 enero 2003)⁵¹, afirmándose al

y a semejanza de la vida propiamente matrimonial”. Asimismo la SAP León 10 mayo 2002 (JUR 2002, 198524) afirma que, siendo los testigos parientes o conocidos de uno de los cónyuges, deben “valorarse dichos testimonios sin ignorar la posible tendencia a favorecer a la parte que los ha propuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de la controversia suscitada”. *Vid.* igualmente la SAP Asturias 17 noviembre 2014 (JUR 2015, 52435).

⁴⁵ SAP Asturias 5 abril 2000 (AC 2000, 3405). Como señala esta sentencia, “lógicamente los testigos propuestos por una parte se contradicen con los de la contraria”, por lo que en este caso el tribunal prescindió prácticamente de su consideración y se centró en el informe de detectives aportado por el ex marido para estimar acreditada la vida marital de su antigua mujer con otro varón.

⁴⁶ SAP Vizcaya 5 enero 2010 (JUR 2010, 150303). Así lo expresó esta sentencia a fin de desestimar la solicitud formulada por el ex marido (D. Carlos) de extinción de la pensión de su antigua mujer (D^a. Celsa). Como bien afirmó la AP, no podía darse por acreditada la vida marital de la Sra. Celsa con otro hombre (D. Fernando) con base tan solo en “la declaración de la testigo que depuso en el juicio, D^a. Fátima, de escasa credibilidad en la medida que reconoció que había mantenido una relación sentimental con el propio Sr. Carlos y, asimismo, había sido esposa de la persona con la que se acusaba a la Sra. Celsa de haber convivido, el tal Fernando; situación tan anómala que no sería de extrañar que la Sra. Fátima hubiera decidido intervenir movida tan solo por intereses espurios”.

⁴⁷ SAP La Coruña 16 abril 2010 (JUR 2010, 242341). A menudo se trata del testimonio de *vecinos* de la localidad -SAP Madrid 11 diciembre 2017 (JUR 2018, 44586)- o vecinos del inmueble donde vive la beneficiaria de la pensión -SS. AAPP Asturias 14 julio 2017 (JUR 2017, 227873) y Barcelona 29 diciembre 2011 (JUR 2012, 94054)-.

⁴⁸ SAP Barcelona 14 mayo 1996 (AC 1996, 1116).

⁴⁹ SAP Pontevedra 2 octubre 2013 (JUR 2013, 325668).

También la SAP Navarra 31 enero 1994 (AC 1994, 159) confirmó la existencia de vida marital de la perceptora de la pensión con un hombre atendiendo, junto a otras circunstancias, al testimonio de *la prima* de aquélla quien “vino a definirles como pareja y manifestó que el mismo D. José G. presenta a D^a. Yolanda como su nueva mujer con la que vive en Villafranca”; declaración que asimismo realizaron, en iguales términos, *la hermana* del Sr. G. y un *amigo* de este. *Vid.* también las SS. AAPP Barcelona 7 abril 2017 (JUR 2017, 197020) y Asturias 22 junio 2012 (JUR 2012, 296107).

⁵⁰ SAP Málaga 17 mayo 2002 (JUR 2002, 250639).

⁵¹ SAP Murcia 9 enero 2003 (JUR 2003, 114086). Esta sentencia consideró probada la vida marital de la ex mujer con un tercero y procedió consecuentemente a la extinción de la pensión, declarando “*especialmente significativa* la declaración del hijo de los litigantes, Pedro Antonio, de trece años de

respecto que, lejos de tener que considerarse mediatizado por tal relación de parentesco, “es obvio que ha de ser alguien muy próximo, o familiares, quien mejor pueda testificar sobre estas cuestiones” (SAP Baleares 22 noviembre 2011⁵²). De hecho, las declaraciones de los hijos⁵³ llegan a constituir con bastante frecuencia la prueba determinante de la vida marital del perceptor de la pensión con un tercero (SAP Salamanca 1 febrero 2007⁵⁴)⁵⁵ u otras veces, por contra, el argumento motriz para inferir la inexistencia de tal relación (SS. AAPP Palencia 17 febrero 2017⁵⁶ y Cádiz 27 mayo 2002⁵⁷)⁵⁸. Así aconteció, por ejemplo, en el pleito resuelto por la

edad, quien reconoció sin ninguna duda que *su madre vive con su novio* que se llama Carlos Antonio y ... que Carlos Antonio vive con ellos pero ignora si aporta cantidades a la casa”.

⁵² SAP Baleares 22 noviembre 2011 (JUR 2011, 429733).

⁵³ En algún asunto ha sido *el testimonio del hijo*, no de los cónyuges litigantes, sino *del compañero de la demandada* lo que condujo a dar por probada la existencia de vida marital -SAP Valladolid 18 abril 2000 (EDJ 2000, 12048)-.

⁵⁴ SAP Salamanca 1 febrero 2007 (JUR 2007, 254899). En este asunto se acordó extinguir la pensión de la ex mujer por vida marital, pues “pese a sus interesados esfuerzos por ocultar información mediante respuestas imprecisas, evasivas y difícilmente creíbles, como que no compartían lecho o que eran compañeros pero no dormían juntos, las declaraciones de su hija y su hijo son sumamente claras al admitir una relación de 20 años como pareja, durante los cuales D. Federico no tenía otro domicilio y a todos los efectos eran una pareja normal”. Asimismo en el caso resuelto por la SAP Tarragona 12 enero 2001 (JUR 2001, 131937), aunque la demandada alegó que su convivencia con un hombre se debía a que lo tenía como inquilino en su casa, le pareció más verosímil a la AP la versión de “*los hijos de los litigantes* que vinieron a testificar, quienes reconocieron abiertamente que la relación que había entre su madre y el Sr. O. era la de una pareja de hecho”; razón por la que se acordó extinguir la pensión fijada a favor de aquella en el divorcio.

⁵⁵ También han valorado el testimonio de los hijos de los litigantes, a efectos de dar por acreditada la vida marital del perceptor de la pensión con un tercero, p.ej. las SS. AAPP La Coruña 20 septiembre 2017 (JUR 2017, 251099), Málaga 7 marzo 2017 (JUR 2017, 263709), Ciudad Real 30 octubre 2016 (JUR 2016, 5496), Baleares 16 abril 2013 (JUR 2013, 183048), Valencia 20 febrero 2013 (JUR 2013, 156143) y Madrid 22 enero 2013 (JUR 2013, 67204).

⁵⁶ SAP Palencia 17 febrero 2017 (JUR 2017, 82046).

⁵⁷ SAP Cádiz 27 mayo 2002 (JUR 2002, 223241). Según puede leerse en esta sentencia gaditana, “visionada la prueba, en la que lógicamente *la esencial y determinante es la constituida por la declaración de los hijos*, no puede llevar a la conclusión pretendida por la parte actora. Es decir, nadie niega que exista una relación sentimental entre la demandada y un tercero, incluso que ella ha pasado temporadas con él en Murcia o que éste al venir al Puerto de Santa María ha vivido en su casa; pero en modo alguno consta la existencia de una convivencia marital susceptible de subsunción en la causa extintiva de la pensión”.

También la SAP Barcelona 1 febrero 2001 (JUR 2001, 133653), a fin de mantener la pensión concedida en la sentencia de divorcio a la ex mujer y desestimar la pretensión extintiva formulada por el marido alegando la vida marital de aquella con otro varón, señaló que “ninguno de los cinco hijos comunes ha reconocido tal relación, sin que puedan reputarse vida marital las relaciones de amistad que la mujer mantenga con quien tenga por conveniente”. De igual modo afirmó la SAP Las Palmas 30 enero 1996 (AC 1996, 156), para considerar no probada la vida marital del art. 101 CC, que “*ha quedado plenamente acreditado, a raíz fundamentalmente de las declaraciones de las hijas de los litigantes*, que la madre mantiene relaciones desde hace un tiempo con otro hombre, en cuyo domicilio pernocta algunas veces, pero sin que esa mayor o menor frecuencia pueda ser considerada como habitualidad o permanencia estable, puesto que las mismas reconocen que la madre también duerme en el domicilio conyugal, del que no se ha desligado totalmente”.

⁵⁸ *Vid.* igualmente las SS. AAPP Barcelona 11 abril 2018 (JUR 2018, 114260), León 23 mayo 2013 (JUR 2013, 200201), Baleares 22 noviembre 2011 (JUR 2011, 429733) y Cantabria 19 abril 2011 (JUR 2013, 23351).

SAP Alicante 16 noviembre 2000⁵⁹ en el que la hija de los litigantes, que –debe destacarse- *había sido propuesta como testigo por el demandante (su padre)*, afirmó “no ser cierto que su madre pasara cinco o seis días a la semana fuera de Alcoy -lugar del domicilio familiar-, no corroborando la relación de convivencia estable de la demandada con tercera persona y calificando la citada relación como de mera amistad”; manifestación de la hija que, en el presente asunto, la Audiencia consideró que “adquiere especial relevancia” a fin de no dar por acreditada la vida marital de la beneficiaria de la pensión compensatoria y mantener así su derecho al percibo de la misma.

Sin embargo, en buena parte de los casos dicho testimonio de los hijos –ya a favor, ya en contra de la vida marital del perceptor de la pensión- se valora con reservas y es notablemente relativizado, en especial cuando aquellos están muy influenciados por alguno de ambos progenitores (SAP Murcia 17 febrero 2011⁶⁰) o cuando *hay desavenencias, relaciones hostiles o enfrentamientos* entre alguno de los cónyuges y los hijos (SAP Barcelona 8 marzo 2015⁶¹ y León 10 diciembre 2010⁶²). Según se entiende en esos supuestos, tales “declaraciones de los hijos deben ser consideradas con las debidas cautelas” (SAP Las Palmas 10 octubre 2001⁶³) y sus “testimonios son de escasa relevancia por obvias razones que inciden en circunstancias personales de los mismos y que afectan a la apreciación de su credibilidad” (SAP Alicante 6 abril 2011⁶⁴).

⁵⁹ SAP Alicante 16 noviembre 2000 (JUR 2001, 50385).

⁶⁰ SAP Murcia 17 febrero 2011 (JUR 2011, 159735). Aunque los dos hijos mayores del matrimonio litigante testificaron que “su madre tiene desde hace tres años una relación sentimental con una persona, y que desde hace ya dos años es algo más serio que un noviazgo, conviviendo los fines de semana y en verano”, la Audiencia murciana destacó que “*esos testimonios deben valorarse con prevención*, dado que los dos hijos trabajan para el padre”, por lo que consideró que no había quedado probada en el caso la relación marital alegada por el ex marido como causa extintiva de la pensión.

⁶¹ SAP Barcelona 8 marzo 2015 (JUR 2016, 127267).

⁶² SAP León 10 diciembre 2010 (JUR 2011, 47237).

También la SAP Barcelona 4 febrero 1998 (AC 1998, 3590) desestimó la extinción de la pensión por considerar no probada la vida marital de su perceptora con un hombre, pese a la manifestación contraria de la hija de aquélla; y es que -subrayó la AP-, *no “es relevante la testifical de la hija, dada la difícil relación que mantiene con su madre con motivo de ciertas discusiones y enfrentamientos entre ambas, surgiendo una situación de enemistad reconocida por la propia testigo”*. *Vid.* en idéntico sentido la SAP Santa Cruz de Tenerife 29 abril 2015 (JUR 2015, 215246). Igualmente puede leerse en la SAP Valladolid 18 marzo 1999 (AC 1999, 6854) que la conclusión alcanzada de que la perceptora de la pensión vive maritalmente con otro hombre “*no queda desvirtuada por el testimonio –negando tal relación marital- prestado por las hijas del matrimonio, que conviven con la madre y reconocen sus malas relaciones con el padre*”. *Vid.* en la misma línea las SS. AP Asturias 18 septiembre 2012 (JUR 2012, 369786) y 12 julio 2002 (AC 2002, 1984).

⁶³ SAP Las Palmas 10 octubre 2001 (JUR 2002, 34030).

⁶⁴ SAP Alicante 6 abril 2011 (JUR 2011, 215826). Así lo afirmó esta sentencia para restar valor a la manifestación por el hijo de la demandada de que “no existe relación sentimental” entre ella y el hombre con el que vivía en el mismo domicilio; declaración que la AP alicantina consideró poco creíble teniendo en cuenta el interés directo del testigo y que el referido hijo “no tiene relación alguna con su padre y además reconoce que su madre pidió un préstamo para ayudarle”. *Vid.* igualmente la SAP La Rioja 3 octubre 2012 (JUR 2012, 404433).

B) Reportajes e informes de detectives: la prueba “estrella” en los pleitos de extinción de la pensión compensatoria por vida marital de su perceptor

A fin de mitigar la apuntada insuficiencia de que puede adolecer la prueba testifical buscada por cada parte dentro del círculo de sus propios familiares o amigos, es harto frecuente en este tipo de pleitos el recurso del cónyuge deudor de la pensión a los servicios de agencias de *detectives*⁶⁵, cuyos informes, acompañados a menudo de ilustrativos reportajes fotográficos y videográficos, son valorados por los órganos judiciales (*ex art. 265.5 LEC*) en grado bien distinto según los casos.

A menudo, ciertamente, los datos que aportan –obtenidos mediante las pesquisas, indagaciones y averiguaciones del investigador privado tras sus labores de seguimiento (y hasta cierto “espionaje”)⁶⁶– se erigen en la prueba principal de la existencia de vida marital del perceptor de la pensión con un tercero (SS. AAPP de La Coruña 25 enero 2018⁶⁷, Barcelona 19 octubre 2017⁶⁸, Murcia 17 octubre 2017⁶⁹, Málaga 29 marzo 2017⁷⁰, Valencia 13 marzo 2017⁷¹ y Guipúzcoa 16

⁶⁵ Afirma al respecto MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso*, cit., p. 92, que la modalidad arquetípica de «*testigo preconstituido*» a que suele recurrirse en estos pleitos matrimoniales –entendiendo por tal “aquella persona emplazada *ex profeso* en condiciones aptas para percibir los hechos en realización o previstos como inminentes, con el fin de valerse luego de su testimonio como medio de prueba”– “acostumbra a adjudicarse al detective, cuyo testimonio –destaca dicho autor– no hay que presumir indefectiblemente de parcial por el hecho de que lo haya contratado la parte proponente, pues cuando se trata de una acreditada agencia, es de suponer que no quiera exponer su prestigio declarando falsamente. Naturalmente, el dicho del detective debe ser valorado en conjunción con las demás pruebas, sin privilegios de ninguna clase”. Sobre la prueba de detectives en la LEC 1/2000, *vid. p.ej.* DE MADRID-DÁVILA, E.: “El informe de detectives y su relación con el proceso probático”, en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa* (dir. ABEL LLUCH, X./PICÓ Y JUNOY, J./RICHARD GONZÁLEZ, M.), Madrid, La Ley, 2011, pp. 829-839.

⁶⁶ En su crítica a la vida marital como causa de extinción de la pensión compensatoria, y tras referirse al «regocijo» económico que tal previsión legal supone para una floreciente industria de detectives privados, ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, pp. 90-91, objeta crudamente que esa causa extintiva “implica indirectamente un supuesto derecho de injerencia del cónyuge que ha de pagar la pensión, en la vida privada del otro, que le permite hacer un seguimiento sobre su vida sentimental, de dudosa constitucionalidad. La casuística forense –explica– presenta multitud de litigios en los que se discute la supuesta vida marital, con *el empleo de las más modernas técnicas de investigación* para conocer la vida afectiva del ex cónyuge. Esta inmisión se traslada al ámbito probatorio con documentos atentatorios a los derechos fundamentales, tales como *seguimientos personales, fotografías en entornos privados, y hasta controles por medio de helicópteros, para probar los movimientos de una persona*”. Sobre esta cuestión en general, *vid.* SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: “Los servicios de los detectives privados: licitud y valor de sus investigaciones”, *RGD*, núm. 620, 1996, pp. 5091-5116; PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: “La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives privados”, *PJ*, núm. 35, 1994, pp. 225-260; y PASCUAL MEDRANO, A.: “Detectives privados y protección de derechos fundamentales: una delicada relación”, *La Ley*, núm. 8193, 2013.

⁶⁷ SAP La Coruña 25 enero 2018 (JUR 2018, 62341).

⁶⁸ SAP Barcelona 19 octubre 2017 (JUR 2018, 4842).

⁶⁹ SAP Murcia 17 octubre 2017 (JUR 2017, 309040).

⁷⁰ SAP Málaga 29 marzo 2017 (JUR 2017, 269281).

⁷¹ SAP Valencia 13 marzo 2017 (JUR 2017, 141736).

diciembre 2016⁷², entre muchísimas otras)⁷³.

Sin embargo, tampoco faltan ocasiones en que a tales informes de detectives se les tacha de *falta de rigor* y se les adjetiva de puramente *genéricos, imprecisos y subjetivos* (SAP Murcia 12 mayo 2016⁷⁴), o se minimiza su valor probatorio “*debido al escaso lapso de tiempo del seguimiento*” (SAP Cantabria 19 abril 2011⁷⁵) –como sucedió, por ejemplo, en los casos resueltos por las SS. AAPP de Murcia 8 octubre 2015⁷⁶ y Tarragona 4 junio 1999⁷⁷ donde la vigilancia y observación a la mujer demandada fue de tan solo tres días⁷⁸–.

⁷² SAP Guipúzcoa 16 diciembre 2016 (JUR 2017, 65511). *Vid.* también, v.gr. las SS. AAPP Sevilla 15 marzo 2017 (JUR 2017, 241188), Badajoz 2 junio 2017 (JUR 2017, 177702), Málaga 7 marzo 2017 (JUR 2017, 263709), La Coruña de 1 junio 2016 (JUR 2016, 165649) y 13 febrero 2015 (JUR 2015, 81346), Murcia 10 septiembre 2015 (JUR 2015, 237120), 18 junio 2015 (JUR 2015, 177742) y 9 enero 2014 (JUR 2014, 40625), Asturias 29 septiembre 2014 (JUR 2014, 288487) y Pontevedra 21 abril 2014 (JUR 2014, 216714).

⁷³ Como máximo exponente de la exhaustividad y prolijidad de datos de que a veces hacen gala los informes de detectives privados en que se fundan los tribunales para dar por probada la vida marital del perceptor de la pensión con otra persona, es obligado remitir a los que, respectivamente, sirvieron a tal fin a las SS. AAPP Valencia 18 enero 2000 (AC 2000, 2907), Málaga 20 octubre 2016 (JUR 2017, 94416) y La Coruña 14 octubre 2016 (JUR 2016, 253863).

⁷⁴ SAP Murcia 12 mayo 2016 (JUR 2016, 160543).

Afirmó igualmente en tal sentido la SAP Girona 6 junio 2002 (AC 2002, 1106) que “el informe de detectives no es riguroso. En el caso, una detective privado efectúa una exposición personal y de valoración subjetiva de hechos, que *de forma abstracta y carente de rigor* dice que la demandada convive con el Sr. Juan, que se les ha visto haciendo compras juntos y paseando, observándose que ese señor llega con su coche a la casa de ella cargado de cajas y cierra el coche en el garaje. Datos absolutamente difusos, sin referencia a días y horas concretos con actos perfectamente especificados, que por ello resultan ineficaces a los efectos probatorios pretendidos”. También la SAP Alicante 15 marzo 2001 (JUR 2001, 152698) señaló respecto del informe de detectives aportado por el marido que, debido a sus “*imprecisiones* sobre fechas, horas, frecuencias y circunstancias adicionales de *interpretación meramente subjetiva* de quien, en virtud de contrato con el demandante, elaboró el informe, no cabe presumir convivencia *more uxorio* de la demandada con tercera persona, respecto a quien mantiene domicilio independiente, y ello sobre la base, exclusivamente, de referencias difusas a hipotéticas estancias esporádicas en el mismo domicilio o a la proximidad de ese tercero al ámbito familiar de la mujer por razón de su participación en celebraciones familiares”. *Vid.* igualmente las SS. AAPP Barcelona 28 junio 2017 (JUR 2017, 290496) y Madrid 28 febrero 2011 (JUR 2011, 192212) y la SAP Murcia 5 noviembre 2015 (JUR 2015, 296782), declarada firme por el Auto TS de 15 febrero 2017 (JUR 2017, 43067).

⁷⁵ SAP Cantabria 19 abril 2011 (JUR 2013, 23351).

Vid. asimismo las SS. AAPP de Valladolid 25 febrero 2011 (JUR 2011, 157550), Madrid 15 febrero 2011 (JUR 2011, 160269) y Cádiz 24 noviembre 2010 (JUR 2012, 246853).

⁷⁶ SAP Murcia 8 octubre 2015 (JUR 2015, 257352), declarada firme por el Auto TS 29 junio 2016 (JUR 2016, 162902).

⁷⁷ SAP Tarragona 4 junio 1999 (AC 1999, 6021).

⁷⁸ Por eso, resolvió en este asunto la AP tarraconense que no procedía extinguir la pensión, ya que la única “prueba que presenta el marido para acreditar la convivencia marital de su ex mujer es un seguimiento de un detective privado, que efectuó una vigilancia durante *tres días* a la puerta de la vivienda de aquélla, apreciando el último de ellos la salida del domicilio de un hombre que, por la hora y actitud de ambos, hacía presuponer que había pasado allí la noche”. Pese a que la vigilancia a la demandada se efectuó también por muy poco tiempo –*cinco días*–, los datos que de tal investigación privada se extrajeron sí sirvieron, en cambio, a esa misma AP de Tarragona –en su

Otras veces, la validez como prueba del informe de detectives ha sido cuestionada por razones procesales, tales como *su presentación extemporánea a los autos* (SAP La Rioja 3 octubre 2012⁷⁹) o *la falta de ratificación en juicio* del informe por parte de su

Sentencia de 2 febrero 1999 (AC 1999, 3624)- para considerar probada la vida marital de dicha mujer con un tercero, procediendo en consecuencia a dejar sin efecto la pensión que recibía de su ex marido: “el informe del detective privado contratado por el demandante verificó un seguimiento de la demandada por espacio de cinco días, con soporte fotográfico, y del que se infiere que esta última convive en la C/ La Muralla núm. ... de Riudoms con D. José C.V., quien acostumbra a estacionar el vehículo de su propiedad en una calle adyacente y con quien la anterior viene colaborando en la realización de tareas agrícolas”. En esta misma línea, también la SAP Girona 25 abril 2006 (JUR 2006, 266444) dio por acreditada la convivencia marital entre la perceptora de la pensión y otro hombre, aunque el seguimiento a aquella por el detective contratado por el marido se había desarrollado durante tan solo unos días: según afirma la AP, “*no se puede pretender que el seguimiento se prolongue de manera indefinida*. Si bien es cierto que dicho seguimiento durante unos días solo es indicativo de lo que ocurre durante los mismos, no lo es menos que, en unión de otras pruebas, puede llevar al convencimiento judicial de la existencia de vida marital”. Muestras de esa misma “tolerancia” en la valoración de la prueba de detectives han dado igualmente las SS. AP Asturias 14 julio 2017 (JUR 2017, 227873) y 18 septiembre 2012 (JUR 2012, 369786); o las SS. AAPP Las Palmas 20 abril 2012 (JUR 2013, 132034), Madrid 1 septiembre 2011 (JUR 2011, 337546) y Barcelona 29 diciembre 2011 (JUR 2012, 94054) que –en los tres casos- dieron por probada la convivencia marital estable de la beneficiaria de la pensión con un tercero con base en el respectivo informe de detectives privados que recogía el seguimiento realizado a la pareja durante *tres días*. En cambio, la SAP Las Palmas 28 septiembre 2004 (JUR 2004, 286498) entendió que no había quedado acreditado que la demandada mantuviera una relación de vida marital con un hombre pues, a pesar de que el informe de detectives abarcaba un periodo amplio (desde mayo de 2000 a diciembre de 2002), los detectives solo manifestaban haberlos visto juntos *en once días y siempre en periodos vacacionales*. A la misma conclusión –falta de prueba de la vida marital- llegó la SAP Murcia 26 abril 2005 (JUR 2005, 134276) en un asunto donde “*solo en cinco ocasiones* dijo el detective ver salir al señor Constantino por la mañana de la casa de la demandada”; razón a la que la AP añadió que “el detective obtiene la información confidencial entre algunos vecinos, constituyéndose así el investigador en un testigo de referencia al que no se le puede dar mayor credibilidad”.

⁷⁹ SAP La Rioja 3 octubre 2012 (JUR 2012, 404433). Afirmó la AP en este asunto –donde no se consideró suficientemente acreditada la vida marital- que “en cuanto a la prueba de detectives que trató de ser introducida por el apelante en un momento procesal de la primera instancia en el que el juicio ya estaba concluido y los autos estaban pendientes solo de sentencia, alegando como presunto “hecho nuevo” la indicada convivencia entre la esposa y la otra persona, debemos decir que el juez *a quo* no se pronunció sobre la admisión de este medio de prueba y que tampoco fue solicitada la admisión y práctica de esta prueba por el apelante en segunda instancia. Por lo tanto, *no podemos tomarla en consideración*; debiendo añadir que dicha prueba fue presentada por el hoy apelante sobre la base de una alegación de “hechos nuevos” carente de sustento, pues la alegación de que D^a Cecilia mantenía una relación de convivencia no fue realmente un “hecho nuevo” sobrevenido durante el procedimiento, sino que pudo hacerse desde el principio, pues desde el inicio del proceso era conocida la relación mantenida por la esposa con esta persona, lo que determina que *la indicada prueba de detectives pudo haberse practicado mucho antes* con el fin de valorar la intensidad de esa relación”. Por su parte, en el caso resuelto por la SAP La Coruña 2 diciembre 2008 (JUR 2009, 161392), si bien la esposa alegó que los informes de detective aportados por su ex marido le habían causado indefensión por razón de su presentación extemporánea en el juicio, la AP desechó aquí tal argumento afirmando que “en modo alguno se han infringido garantías procesales que produzcan indefensión a la demandada, por haberse aportado pruebas referentes a hechos posteriores a la presentación de la demanda, ... ya que el art. 752.1 de la LEC determina que este tipo de procesos se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, *con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos en el procedimiento*”.

autor (SAP Madrid 14 junio 2002⁸⁰) –aunque no hasta el extremo de reputarse esa ausencia de ratificación como causa de indefensión para el cónyuge demandado, lo que llevó a la S. TSJ de Cataluña 18 octubre 2007⁸¹ a desestimar el recurso en que la mujer solicitaba la nulidad de las actuaciones por tal motivo⁸²–.

Al margen de esos casos, la gran utilidad que suele reportar la prueba de detectives al cónyuge demandante de la extinción de la pensión compensatoria contrasta con la errada estrategia que, en alguna ocasión, ha seguido aquél en un fallido intento desesperado por verse liberado del pago de dicha pensión, tratando de acreditar a ultranza y a toda costa, *sin reparar en los medios empleados*, la vida marital de su anterior consorte con otra persona. Así aconteció en el asunto resuelto por la SAP Badajoz 26 septiembre 2000⁸³, donde la prueba que a tal fin aportó el esposo fue *la transcripción de unas grabaciones magnetofónicas que recogían las conversaciones telefónicas mantenidas por la mujer demandada con una hija común del matrimonio*, y en las que aquélla realizaba manifestaciones que aludían o incluso podían tomarse como reconocimiento de su relación marital con otro hombre. Pues bien, la mujer se opuso rotundamente a que se diera valor probatorio alguno al contenido de esas grabaciones, ya que habían sido efectuadas sin su consentimiento. Y, sin mayores dudas, esta fue la postura que acogió la Audiencia, pues –argumentó– “el art. 11.1^a de la LOPJ claramente establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales. En el presente caso se ha violado de manera frontal el art. 18.3 de la Constitución, pues para levantar el secreto de las comunicaciones telefónicas es preciso que anteceda una resolución judicial. El acceso a la conversación telefónica por un tercero no autorizado implica una violación del secreto de la misma y por ello *no posee valor probatorio*”. De esa manera, y no habiendo propuesto el marido ninguna otra prueba dirigida a acreditar la alegada vida marital de su mujer con otra persona, la AP

⁸⁰ SAP Madrid 14 junio 2002 (JUR 2002, 202164). También la SAP Barcelona 25 abril 2001 (AC 2001, 1037) resolvió que la solicitud del marido de extinción de la pensión otorgada en el divorcio a su ex mujer (por un plazo de dos años) “debe ser desatendida, dado que del *informe de detectives aportado como mera documental privada, que no fue ratificado por testimonio de su confeccionante*”, no puede inferirse que la relación sentimental de la demandada con otra persona sea constitutiva de vida marital.

⁸¹ S. TSJ Cataluña 18 octubre 2007 (RJ 2009, 3130).

⁸² Si bien esa mujer adujo la indefensión que le había producido la valoración realizada por la sentencia impugnada de la prueba de detectives –*al no haber sido objeto de ratificación tal informe por parte de los autores del reportaje*–, destacó en cambio el TSJ que “tras la promulgación de la LEC de 2000, la prueba de detectives ha cobrado carta de naturaleza configurándose como prueba *documental privada*. De esta forma, conforme al art. 265.5 LEC, las partes pueden presentar informes, elaborados por profesionales de la investigación privada, sobre hechos relevantes en que aquellas apoyen sus pretensiones. Ciertamente sobre tales hechos puede practicarse prueba testifical, pero siempre que no fueren reconocidos como ciertos y que tal prueba fuese interesada por la parte” – sin que en el presente caso la esposa hubiese sido solicitado en ningún momento que el informe de detectives presentado por su ex marido fuese sometido a la pertinente prueba testifical-. *Vid.* igualmente la SS. AAPP Barcelona 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 367591), Madrid 15 junio 2010 (JUR 2010, 28997) y Cádiz 29 abril 2010 (JUR 2010, 216056).

⁸³ SAP Badajoz 26 septiembre 2000 (AC 2000, 4875).

acordó el mantenimiento de la pensión en su día fijada a favor de aquella en la sentencia de separación⁸⁴.

C) Pruebas documentales varias: informes policiales, certificados de empadronamiento, esquelas, fotografías y comentarios publicados en redes sociales

Todo lo dicho anteriormente explica que, aunque el tipo de litis que nos ocupa no pueda calificarse en rigor como un proceso típicamente documental, los tribunales suelen realzar, dentro de la variada *documentación* que puede obrar en orden a acreditar la vida marital del perceptor de la pensión compensatoria (cartas, fotos, facturas, contratos, etc.), la importancia probatoria que cobran los datos avalados “por *informes de organismos oficiales* que, por razón de su cometido o actividad, no sólo revisten el carácter de imparciales, sino que conocen mejor la realidad de las cosas” (SAP Asturias 5 abril 2000⁸⁵). Ello conduce a que en estos pleitos se tenga en buena consideración la aportación de informes de la Policía nacional o local (SS. AAPP Málaga 29 marzo 2017⁸⁶ y Castellón 12 febrero 1996⁸⁷), de la Guardia Civil (SAP Navarra 31 enero 1994⁸⁸), del Ayuntamiento (SAP Tarragona 2 febrero 1999⁸⁹), etc.

⁸⁴ También en la doctrina son varios los autores, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1066; PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La modificación*, cit., p. 951, que han advertido de que el demandante de la extinción de la pensión debe tener precaución, a la hora de aportar pruebas de la vida marital del perceptor, en no vulnerar *el derecho a la intimidad* de este. Ya en los debates parlamentarios referentes a la causa extintiva de la pensión compensatoria por vida marital se suscitó esa misma problemática: así, en el Pleno del Senado el representante socialista, Mir Mayol, argumentó en contra de dicha causa extintiva que «sólo atacando la intimidad, atacando un derecho fundamental reconocido en el art. 18 CE, se podrá demostrar de manera fehaciente que se vive maritalmente. Implicará, desde luego, *burgar en la vida privada del acreedor*». En cambio, el senador Villar Arregui afirmó que la vida marital es un hecho perfectamente susceptible de prueba sin que con ello se atente contra la intimidad de las personas (*vid.* VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 433-434).

⁸⁵ SAP Asturias 5 abril 2000 (AC 2000, 993). Esta sentencia dio por probada la vida marital de la beneficiaria de la pensión con un hombre y acordó extinguir su derecho, a la vista de “*un informe de la Policía municipal* según el cual, entre el vecindario de la demandada, se constata que el conviviente frecuente dicho domicilio a diario y a cualquier hora del día y de la noche”.

⁸⁶ SAP Málaga 29 marzo 2017 (JUR 2017, 269281).

⁸⁷ SAP Castellón 12 febrero 1996 (AC 1996, 590). La única prueba con que aquí contó la AP para estimar acreditado, de forma «evidente», que la convivencia de la demandada con un hombre “no es una simple relación sentimental, sino una situación de vida análoga al matrimonio, como causa de extinción de la pensión”, fue “*un informe de la Policía Local* de 21 febrero 1992, en el que se expresa que D^a. Carmen M.G., se ha comprobado que sí convive con Santiago D., domiciliados en plaza Juez Borrull, núm. 9-4^o; y en el momento de las averiguaciones se encontraban en Valencia (pues son feriantes)”. A fin de dar por probada la vida marital de la perceptora de la pensión con un tercero, también la SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 238440) se atuvo al informe emitido por *el Jefe de la Policía local* de Pliego, según el cual “realizadas las correspondientes investigaciones y gestiones, resulta que D^a. Lorena estuvo conviviendo con D. Aureliano en una vivienda del núm. 002 de la Calle 001 desde mayo o junio de 2003 hasta junio de 2008”.

⁸⁸ SAP Navarra 31 enero 1994 (AC 1994, 159). En el presente caso se entendió que cabía racionalmente apreciar la vida marital de la perceptora de la pensión con otra persona, tomando en consideración, entre otras cosas, que “*el informe realizado por el Comandante de Puesto de la Guardia Civil*

Con todo, conviene matizar la precedente aseveración en relación con un concreto documento librado por los Ayuntamientos: *el certificado municipal de empadronamiento*. Es cierto que en ocasiones tal certificación de empadronamiento en el mismo domicilio ha sido valorada por nuestros jueces como un dato objetivo esencial en que fundar la convivencia estable del beneficiario de la pensión con un tercero (SS. AAPP Orense 28 diciembre 2016⁹⁰ y Barcelona 20 septiembre 2011⁹¹)⁹²; y *a sensu contrario*, el certificado de empadronamiento en distintos domicilios se ha considerado como revelador de la inexistencia de vida marital entre ambos (SS. AAPP Barcelona 6 julio 2017⁹³ y Guipúzcoa 20 mayo 2011⁹⁴).

de Villafranca señala que, de las gestiones realizadas e informes recibidos por vecinos de esta localidad, resulta que D. José vive en el domicilio de D^a. Yolanda, Paseo de las Escuelas, núm. 11-Villafranca”. También la SAP Valladolid 10 mayo 2000 (JUR 2000, 180060) consideró probada la vida marital de la ex mujer con un tercero, a la vista de un “*informe de la Guardia Civil* en el que con objeto de una denuncia el 3 de agosto de 1999, la demandada manifiesta la convivencia con esa otra persona”. *A sensu contrario*, y acordando mantener la pensión, la SAP Huelva 2 febrero 2010 (JUR 2010, 358970) declaró que “no existe prueba de la convivencia que se dice por el ex marido, ya que *la Guardia Civil* contesta al oficio remitido que no conviven la Sra. Natalia y el Sr. Isidro, sino que mantienen una relación sentimental, viviendo ella en casa de su madre”.

⁸⁹ SAP Tarragona 2 febrero 1999 (AC 1999, 3624). En este asunto –donde se acordó el cese de la pensión por estimarse probada la vida marital de su perceptora con otra persona-, la AP destacó que “obra en autos una *certificación emitida por la Secretaria del Ayuntamiento de Riudoms, con el visto bueno del Alcalde*, en la que se concluye: «Que según informe de la Guardia Municipal la señora F. convive con el señor José C.V. en el domicilio de C/Muralla de la Font Nova núm. ...»”.

⁹⁰ SAP Orense 28 diciembre 2016 (JUR 2017, 23341).

⁹¹ SAP Barcelona 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 367591). En este asunto constaba que “D. Jon está empadronado en la vivienda de la Sra. Milagros”; dato respecto del que afirmó la AP que “la inscripción en el padrón de habitantes demuestra la publicidad necesaria para considerar que la demandada ha constituido una pareja *more uxorio*”. Pero, además, también quedó acreditado que *era el domicilio de dicha mujer el que figuraba en la anotación del vehículo de D. Jon en la Jefatura de Tráfico*; razón por la que asimismo infirió el tribunal “la estabilidad y continuidad en su convivencia, pues de no ser así, D. Jon no daría tal dirección en la Jefatura de Tráfico”. Igualmente con fundamento en esos dos datos –certificaciones del padrón municipal y de la Jefatura provincial de Tráfico- dio por probada la vida marital la SAP Pontevedra 28 septiembre 2010 (JUR 2010, 391674). Por su parte, la SAP León 10 mayo 2002 (JUR 2002, 198524) señaló que “hay que considerar el dato objetivo de que D. Vicente estuvo empadronado en el domicilio de D^a. Ángeles hasta el día 22 febrero 2000, según *certificación del Ayuntamiento* de León, aunque aquella trata de justificar dicha circunstancia en que D. Vicente precisaba tener *un domicilio a efectos meramente administrativos*”. Pese a esta alegación, la AP consideró que tal dato –junto con otras pruebas practicadas (testimonio de testigos y confesión judicial de la mujer de que iba de compras y de paseo de la mano con D. Vicente y de que este asistió a la boda de su hija)- permitía concluir que mediaba entre ellos, no una simple relación de amistad, sino de auténtica vida marital, procediendo así extinguir la pensión que aquélla recibía de su ex marido.

⁹² *Vid.* igual criterio, p.ej. en las SS. AAPP Murcia 8 febrero 2018 (JUR 2018, 95643), Salamanca 18 noviembre 2016 (JUR 2016, 274735), Madrid 25 junio 2013 (JUR 2013, 263967) y Cádiz 26 marzo 2012 (JUR 2012, 157184).

⁹³ SAP Barcelona 6 julio 2017 (JUR 2017, 266701).

⁹⁴ SAP Guipúzcoa 20 mayo 2011 (JUR 2011, 293530). En el presente asunto, reconocido por la perceptora de la pensión que desde hacía dos años mantenía una relación sentimental con otro hombre, y pese a haberse acreditado mediante nota informativa del Registro de la Propiedad que ambos habían adquirido una vivienda en copropiedad, la AP entendió que no concurría la causa extintiva por vida marital ya que no cabía inferir la convivencia del “mero dato de haber adquirido

Pese a ello, es común puntualizar, en cuanto al valor probatorio de dicha documental, que *la vida marital no resulta incompatible ni queda forzosamente desvirtuada por el hecho de que el perceptor de la pensión no esté formalmente empadronado en el domicilio que comparte con su nueva pareja* (SAP Murcia 17 octubre 2017⁹⁵). En este sentido, declaró la SAP Sevilla 3 julio 2000⁹⁶ –en la que se acordó el cese de la pensión compensatoria por vivir maritalmente su beneficiaria con otra persona- que “no es prueba de domicilio distinto al de la demandada el certificado del padrón municipal aportado por la misma: de un lado, porque tales certificaciones tienen un carácter meramente informativo en relación con la residencia y el domicilio habitual; y, de otra parte, porque no parece creíble –como resultaría del padrón- que el compañero sentimental de la demandada conviva con quien fue su anterior esposa y el hijo tenido con ella”. En la misma línea se pronunció la SAP Baleares 16 abril 2013⁹⁷, según la cual “no es óbice para llegar a la conclusión de existencia de vida marital el que los convivientes no se encuentren empadronados en el mismo domicilio, al ser mero dato administrativo inocuo a los fines decisorios”⁹⁸. Y otro tanto argumentó la SAP Cádiz 29 abril 2010⁹⁹ para refrendar la relación de vida marital entre la mujer demandada y otro hombre, afirmando que “en absoluto puede invocarse como argumento de autoridad -cual ingenuamente se apunta por aquélla- la ausencia de certificaciones de empadronamiento conjunto para enervar el efecto extintivo de la pensión que de su esposo recibe”¹⁰⁰.

conjuntamente una vivienda, pues *no se ha aportado certificado de empadronamiento de ambos en la citada vivienda*, y dicha adquisición puede obedecer a distintos motivos”.

⁹⁵ SAP Murcia 17 octubre 2017 (JUR 2017, 309040). *Vid.* igualmente la SAP Barcelona 19 octubre 2017 (JUR 2018, 4842); y en la doctrina, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: *La extinción*, cit., p. 98; y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Com. art. 101 CC”, cit., p. 1066, para quien “es evidente que el mantenimiento de un domicilio *oficialmente* diferente, no estando empadronados en el mismo, no es obstáculo para el funcionamiento de esta causa extintiva sino muestra del deseo de ocultar la relación”.

⁹⁶ SAP Sevilla 3 julio 2000 (AC 2000, 4712).

⁹⁷ SAP Baleares 16 abril 2013 (JUR 2013, 183048).

⁹⁸ Refiriéndose a la *limitada fiabilidad del padrón municipal* (al hilo del ámbito de aplicación de algunas leyes autonómicas de parejas de hecho), ha escrito BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “El ámbito de aplicación de las leyes sobre parejas o uniones estables de hecho”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), T.I, Colegio de Registradores-Universidad de Murcia, 2005, p. 602, que “de sobra son conocidas las carencias del mismo, a pesar de la minuciosa regulación de su gestión, de su comprobación y control, así como de su revisión (arts. 60 a 83 RD 1690/1986 [preceptos del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, modificados por el RD 2612/1996]), como consecuencia del irregular cumplimiento de los deberes de información que aquélla impone a las personas con respecto a los datos que se recogen en el padrón municipal (arts. 68 y 70 RD 1690/1986). Y es que, aunque las certificaciones que de dichos actos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos (art. 53.1, párr. 2 RD 1690/1986), *la prueba del domicilio de las personas dista mucho de estar indisolublemente unida a las certificaciones del padrón municipal*”.

⁹⁹ SAP Cádiz 29 abril 2010 (JUR 2010, 216056).

¹⁰⁰ *Vid.* igualmente, entre muchísimas otras, las SS. AAPP Pontevedra 21 abril 2014 (JUR 2014, 216714), Huelva 28 marzo 2012 (JUR 2012, 325836), Valencia 18 enero 2000 (AC 2000, 2907) –

Tampoco falta alguna resolución judicial –como en concreto la SAP Zaragoza 15 junio 2010¹⁰¹- que, contemplando el supuesto de hecho inverso al de las anteriores, destaca que *el empadronamiento de dos personas en el mismo domicilio no implica per se la existencia entre ambas de una relación de tipo marital*. En el caso, el Juez de instancia había basado la extinción de la pensión en “el informe del Ayuntamiento de Málaga, de fecha 9-7-09, a cuyo tenor D^a Estefanía figura inscrita de alta en la C/..., núm... de esa ciudad, junto a su hija y otras dos personas -una de ellas Pablo-, por cambio de residencia”. Sin embargo, la Audiencia Provincial, amén de tener en cuenta que la mujer había retornado a mediados de 2009 a su ciudad de procedencia (Zaragoza) -donde constaba que ahora vivía y trabajaba-, puso de relieve que dicho “informe, por sí solo, es base muy poco segura para presumir la convivencia a que se refiere el art. 101 CC, que es una convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, investida de estabilidad y proyectos de futuro propios de la vida en común, que, como es lógico, no es posible inferir fiablemente del exclusivo dato del empadronamiento”. De ahí que, en el presente asunto, se estimara el recurso planteado por la ex mujer y, revocándose la supresión de la pensión, se acordara el mantenimiento de su derecho a la misma¹⁰².

Acaso más anecdóticamente, interesar también hacer mención de otras pruebas de tipo "documental", bastante más pintorescas, que a veces se han presentado por el cónyuge obligado al pago y demandante de la extinción de la pensión y que han

donde se dio por probada la vida marital de la perceptora de la pensión con un hombre, pese a que este presentó certificado de estar empadronado en el domicilio de su hijo-, Asturias 18 septiembre 2012 (JUR 2012, 369786) y 22 junio 2012 (JUR 2012, 296107); o la SAP Málaga 15 abril 2010 (JUR 2010, 364388) donde, frente a la alegación de la ex mujer de que su amigo no vive con ella pues no está empadronado en su mismo domicilio, la AP contrarrestó ese dato puramente formal –y apreció la existencia de vida marital con la consiguiente extinción de la pensión- porque, curiosamente, “sí le corresponde el ambulatorio de la Seguridad Social próximo al domicilio de la demandada”.

¹⁰¹ SAP Zaragoza 15 junio 2010 (JUR 2010, 377527).

¹⁰² A modo de paréntesis, interesa poner de relieve que es plenamente pacífico que *la inscripción en un Registro de parejas de hecho* –inscripción requerida por algunas leyes autonómicas *ad hoc* como requisito formal constitutivo para adquirir el status “jurídico” de unión de hecho (*vid.* p.ej. Ley valenciana 5/2012 de Uniones de Hecho Formalizadas)- *en absoluto es condición necesaria para que exista una relación de vida marital* del art. 101.1 CC. Así vienen a recordarlo la SAP Cádiz 29 abril 2010 (JUR 2010, 216056), o la SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 238440) donde, tras afirmarse con contundencia que “la convivencia en el mismo domicilio es un dato esencial para apreciar la relación similar al matrimonio” a efectos de la extinción de la pensión compensatoria, puede leerse que “el no estar inscrito como pareja de hecho no excluye la convivencia *more uxorio*”. De ahí que en el caso de autos, aun faltando tal inscripción, se confirmara el cese de la pensión decretado por el Juzgado al haberse demostrado por otras vías (informes de la Policía local, testigos, etc.) la convivencia en la misma vivienda durante más de cinco años de la mujer demandada con su nueva pareja. Ahora bien, una cosa es que una pareja no tenga que estar inscrita en el correspondiente Registro para que quepa entender que su relación es de vida marital, y otra distinta que, de haber tal inscripción, esta pueda llegar a constituir una prueba formal irrefutable de la existencia de ese tipo de relación. Así lo ha advertido algún autor NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Com. art. 101 CC”, cit., p. 547; y así lo han entendido las SS. AAPP Navarra 3 marzo 2010 (JUR 2010, 234788), Madrid 25 junio 2013 (JUR 2013, 263967), 11 junio 2013 (JUR 2013, 263605) y 7 mayo 2012 (JUR 2012, 320822) y Huelva 28 marzo 2012 (JUR 2012, 325836).

sido realmente ilustrativas de la existencia de vida marital de su anterior consorte. Es el caso de la *esquela* que, junto con algún otro dato (aportado por informes de la Guardia Civil, por vía testifical, etc.), llevó a la SAP Asturias 23 septiembre 1992¹⁰³ a concluir que “ha venido a reafirmar el convencimiento de la Sala respecto de esa convivencia *more uxoris*, la circunstancia de que al publicarse una esquela en el periódico «La Nueva España» del 19-1-1992, con motivo del fallecimiento del padre de la mujer apelante, se atribuye a D. Manuel la condición de ‘hijo político’ del fallecido, figurando su nombre entre los demás familiares del difunto”¹⁰⁴.

En fechas posteriores, también la SAP Girona 25 abril 2006¹⁰⁵ consideró buen indicio de la relación marital entre la perceptora de la pensión y otro hombre el hecho de que se incluyera a este en la esquela de defunción del abuelo de aquella pues, tal como argumentó el tribunal, habida cuenta de los usos sociales “normalmente se menciona a las parejas, matrimoniales o no, de la familia directa del finado cuando familiarmente se entiende que la persona en cuestión es pareja del familiar directo”¹⁰⁶.

Asimismo la SAP La Coruña 20 septiembre 2017¹⁰⁷ entendió que, además de la testifical practicada, la prueba de la vida marital existente entre la perceptora de la pensión y un tercero “viene constituida básicamente por la publicación de las esquelas por el fallecimiento de la madre de la demandada en dos periódicos (La Voz de Galicia e Ideal Gallego) el día 29 de febrero de 2016, en las que se hace constar como hijo político a Luis María”, referencia expresa a este como hijo político que “es un reconocimiento expreso de la relación existente con la demandada, sin que podemos admitir las explicaciones dadas de la razón de la publicación -el deseo expreso de la finada por el mero hecho de ser el médico de la familia- pues, en tal caso, se podría haber incluido en las esquelas en tal condición, pero lo cierto es que se hizo como hijo político”¹⁰⁸.

Para finalizar este apartado, no podemos dejar de aludir a que últimamente están cobrando cada vez más relieve, como indicio que conduce a los tribunales a estimar probada la existencia de una relación de vida marital extintiva de la pensión compensatoria, las *fotografías* (y correspondientes textos y comentarios) que se

¹⁰³ SAP Asturias 23 septiembre 1992 (AC 1992, 1236).

¹⁰⁴ *Vid.* igualmente, la más reciente SAP Asturias 8 abril 2016 (JUR 2016, 118179).

¹⁰⁵ SAP Girona 25 abril 2006 (JUR 2006, 266444).

¹⁰⁶ A fin de dar por probada la existencia de vida marital, también la SAP Asturias 9 marzo 1999 (*La Ley*, 1999-5, núm. 8042) tuvo en cuenta, entre otros datos, que la beneficiaria de la pensión figuraba como hija política en la esquela de defunción de la madre de su compañero. *Vid.* asimismo la SAP Barcelona 7 abril 2017 (JUR 2017, 197020).

¹⁰⁷ SAP La Coruña 20 septiembre 2017 (JUR 2017, 251099).

¹⁰⁸ *A sensu contrario*, en la SAP Cantabria 12 julio 2012 (JUR 2013, 24017) –donde se discutía si era o no de carácter *marital* la convivencia que la perceptora de la pensión había mantenido con un hombre hasta que este falleció–, una de las circunstancias que inclinó a la Audiencia a concluir que no se trataba en absoluto de una relación de vida marital fue que “en la esquela publicada se identificó a la Sra. Rocío como *cuidadora*”.

publican en las redes sociales (especialmente en el perfil público de *Facebook*) donde aparece repetidamente la perceptora de la pensión con un hombre (a menudo, en actitud cariñosa) y este es presentado públicamente como “pareja” -a veces, calificándosele como el “marido” (o expresiones similares) de aquella-. Véanse, como muestra de ello, las SS. AAPP Asturias 10 junio 2015¹⁰⁹, La Coruña 14 octubre 2016¹¹⁰, Madrid 18 marzo 2016¹¹¹ y Murcia 8 febrero 2018¹¹².

D) Cuentas bancarias conjuntas

De forma paralela, *mutatis mutandi*, a lo que antes se vio respecto a los certificados de empadronamiento, también se acusan notables vacilaciones en la praxis judicial respecto al valor de las pruebas atinentes a los *lazos económicos* entre los miembros de la pareja y, en particular, sobre las *cuentas bancarias conjuntas*.

En atención a que una relación de vida marital suele comportar “intereses patrimoniales comunes” (SAP Madrid 22 septiembre 2000¹¹³) y a que esos datos económicos son, en principio, “más objetivables” (SAP Castellón 6 abril 2009¹¹⁴), no pocas sentencias hacen hincapié en la existencia de tales cuentas bancarias compartidas del beneficiario de la pensión con su nueva pareja como buen indicio para apreciar la vida marital entre ambos y decretar, consiguientemente, la extinción de dicha pensión (SAP Pontevedra 18 junio 2010¹¹⁵). También otras resoluciones, a

¹⁰⁹ SAP Asturias 10 junio 2015 (JUR 2015, 175381).

¹¹⁰ SAP La Coruña 14 octubre 2016 (JUR 2016, 253863).

¹¹¹ SAP Madrid 18 marzo 2016 (JUR 2016, 115476).

¹¹² SAP Murcia 8 febrero 2018 (JUR 2018, 95643)

Vid. también las SS. AAPP Asturias 18 septiembre 2015 (JUR 2015, 249389), La Coruña 1 junio 2016 (JUR 2016, 165649) y Zaragoza 7 marzo 2018 (JUR 2018, 116268).

¹¹³ SAP Madrid 22 septiembre 2000 (JUR 2000, 303199). Así lo afirmó expresamente esta sentencia para deducir la vida marital entre la perceptora de la pensión y un tercero, tomando en cuenta, entre otros indicios, que respecto de un determinado inmueble, cuyo uso compartían plenamente, *él era nudo propietario y ella la usufructuaria*. *Vid.* asimismo la SAP Zaragoza 7 marzo 2018 (JUR 2018, 116268). Entre otras resoluciones que resaltan los aspectos económicos, patrimoniales o negociales de una relación de vida marital, *vid.* también la SAP Asturias 29 abril 1998 (AC 1998, 4520) –que, a fin de apreciar tal causa extintiva de la pensión, se fundó en que la mujer demandada y su pareja estaban “*ligados en una actividad negocial común*”- o la SAP Barcelona 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 367591), según la cual la “ayuda proporcionada por D. Jon a la Sra. Milagros *en su trabajo* de autocares de estudiantes implica la *comunidad y solidaridad material y económica* que es propia de la vida similar a la matrimonial”. Por su parte, la SAP Asturias 9 marzo 1999 (*La Ley*, 1999-5, núm. 8042) tuvo en cuenta, a fin de estimar probada la vida marital, el dato de que la beneficiaria de la pensión, al adquirir un vehículo, hubiese designado como *tomador del seguro* a su compañero.

¹¹⁴ SAP Castellón 6 abril 2009 (AC 2009, 1679). Al objeto de dar por probada la vida marital de la demandada con un hombre –pese a que durante sus más de trece años de relación mantuvieron domicilios separados-, esta sentencia tomó en gran consideración que “D. Gervasio tiene en sus cuentas bancarias como autorizada a D^a. Socorro” y que, cuando llevaban cinco años de relación, la pareja había comprado *una casa en proindiviso* (con la intención confesada de pasar a vivir juntos en ella, aunque finalmente no llegaron a hacerlo de forma permanente sino sólo los fines de semana y periodos vacacionales).

¹¹⁵ SAP Pontevedra 18 junio 2010 (JUR 2010, 237160).

Entre otras sentencias que, a fin de estimar acreditada la vida marital del perceptor de la pensión

sensu contrario, toman en gran consideración “la falta de cuentas conjuntas bancarias” y el mantenimiento de “todas sus cuentas separadas” para deducir de ello la inexistencia de una auténtica relación de tipo marital (SAP Madrid 28 febrero 2011¹¹⁶).

Sin embargo, otros tribunales matizan la eventual relevancia de la proyección de las relaciones de pareja al ámbito económico o pecuniario y admiten la vida marital aunque los así ligados tengan sus propias economías¹¹⁷. Según se argumenta por esta corriente jurisprudencial, si ya en el seno del matrimonio puede acontecer que los cónyuges carezcan de titularidades patrimoniales conjuntas (SAP 17 noviembre 2014¹¹⁸) y, en concreto, no compartan cuentas bancarias, de igual modo no será esto necesario para considerar una relación de hecho como marital o análoga a la conyugal (SAP Málaga 8 octubre 2015¹¹⁹). Se afirma así, consecuentemente, que “el no tener cuentas bancarias conjuntas no excluye la convivencia *more uxorio*” (SAP Zaragoza 11 abril 2017¹²⁰) o que la existencia de vida marital *no queda necesariamente desvirtuada por el hecho de que el perceptor de la pensión y su nueva pareja carezcan de tales cuentas*, pues no “constituye requisito esencial la prueba de relaciones materiales o económicas entre la nueva pareja, no solo por la dificultad de prueba que comporta si los interesados no desean hacerlas públicas, sino porque es más relevante la comunidad de afecto, apoyo y socorro mutuo” (S. TSJ de Cataluña 26 noviembre

con otra persona, toman en buena consideración, junto a otras pruebas, la existencia de una o varias cuentas bancarias conjuntas entre ambos, *vid.* también las SS. AAPP Cantabria 5 noviembre 2012 (JUR 2013, 24441) y Cádiz 26 marzo 2012 (JUR 2012, 157184). Por su parte, la SAP Alicante 4 mayo 2012 (JUR 2012, 257315) no desdeñó, para entender demostrada la vida marital de la beneficiaria de la pensión con un hombre, que el hijo de aquella testificó que “su madre en alguna ocasión *le ha dado la tarjeta de Álvaro, para que le sacase dinero a ella*”.

¹¹⁶ SAP Madrid 28 febrero 2011 (JUR 2011, 192212).

Vid. igualmente las SS. AAPP Las Palmas 28 septiembre 2004 (JUR 2004, 286498) y Málaga 4 marzo 2005 (JUR 2005, 144840). Por su parte, la SAP Granada 9 febrero 2000 (AC 2000, 4528) declaró improcedente suprimir la pensión por falta de vida marital de su perceptora con otro hombre, al considerar muy “significativo que *no se haya alegado ningún acto concreto de tipo patrimonial* de donde se deduzca el ánimo propio de la vida matrimonial, donde la común finalidad entre los miembros de la pareja provoca la realización de actos conjuntos, tales como *apertura de cuentas, adquisición de cosas en común, prestación de garantías recíprocas, disponibilidad del patrimonio del otro, pago de los gastos de la familia, etc.*”.

¹¹⁷ *Vid.* expresamente en este sentido, entre otras, las SS. AAPP Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012, 320822) y Guipúzcoa 16 diciembre 2016 (JUR 2017, 65511); y en la doctrina, p.ej. CABEZUELO ARENAS, A.L.: “Los Tribunales españoles y el tratamiento del fraude en el ámbito de la pensión compensatoria”, *PJ*, núm. 69, 2003, p. 37; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: *La extinción*, cit., pp. 99, 244; y PÉREZ MARTÍN, A.J.: “Com. art. 101 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 208; y *La modificación*, cit., p. 950.

¹¹⁸ SAP Asturias 17 noviembre 2014 (JUR 2015, 52435).

Vid. igualmente SAP Asturias 22 junio 2012 (JUR 2012, 296107).

¹¹⁹ SAP Málaga 8 octubre 2015 (JUR 2016, 108283). De igual modo, afirmó la SAP Madrid 29 noviembre 2012 (JUR 2013, 17324) que el carecer de cuentas bancarias conjuntas o bienes comunes o el hecho de no compartir patrimonio, rentas o negocios no excluye necesariamente la existencia de vida marital, igual que asimismo puede acontecer en las relaciones entre los cónyuges, pues no “es infrecuente en los tiempos actuales que cada vez sean más los matrimonios que, sometidos al régimen del CCivil, pacten en capitulaciones el régimen de separación de bienes, y así cada uno se haga cargo de unos determinados gastos, *sin tener que compartir necesariamente cuentas bancarias*”.

¹²⁰ SAP Zaragoza 11 abril 2017 (JUR 2017, 123559).

2009¹²¹). De ahí que la SAP Baleares 27 marzo 2000¹²² acordase extinguir la pensión compensatoria otorgada en el divorcio a la ex mujer pues, pese a la alegación de ésta de que “no existen intereses económicos comunes de la pareja, por cuanto no tienen cuentas bancarias conjuntas”, el tribunal entendió que ese único hecho no impedía concluir, a la vista del resto de las pruebas practicadas, que nos encontramos ante una relación de vida marital¹²³.

3. La tenencia de hijos comunes del perceptor de la pensión compensatoria con otra persona

Sabido que la finalidad de procreación (el denominado *bonum prolis*) no es un elemento sustancial del matrimonio civil, interesa ahora mostrar la posición de nuestros tribunales acerca del grado de relevancia que, a efectos de apreciar la vida marital del art. 101.1 CC como causa extintiva de la pensión compensatoria, haya de atribuirse a la efectiva procreación entre el perceptor de esa pensión y un tercero.

El punto de partida reside en que, ciertamente, la concepción y tenencia de un hijo con otra persona no es algo que, *per se*, presuponga ni implique necesariamente la existencia de una relación de vida marital entre ambos progenitores¹²⁴, pues nada excluye como es obvio –y dejando al margen el complejo mundo de las técnicas de reproducción asistida- que aquel nacimiento sea fruto de relaciones sexuales (amorosas o no) aisladas u ocasionales. Ahora bien, y aunque el problema se torna casuístico, tampoco es descabellado pensar que, a veces, tal descendencia en común pueda ser buen indicio de la concurrencia de una auténtica relación de tipo marital.

A) Jurisprudencia menor proclive a su gran valor indiciario de la «vida marital» entre ambos progenitores

Exponentes de esta última orientación que reputa la existencia de hijos comunes

¹²¹ STSJ Cataluña 26 noviembre 2009 (RJ 2010, 75). *Vid.* en igual sentido la STSJ Cataluña 18 octubre 2007 (RJ 2009, 3130) y las SS. AP Barcelona de 17 julio 2017 (JUR 2017, 266696), 7 febrero 2012 (JUR 2012, 141012) y 29 diciembre 2011 (JUR 2012, 94054).

¹²² SAP Baleares 27 marzo 2000 (AC 2000, 3890).

¹²³ *A sensu contrario*, en la SAP Cantabria 12 julio 2012 (JUR 2013, 24017) –declarada firme por el Auto TS 10 diciembre 2013 (JUR 2013, 384569)- se entendió que *la existencia de una cuenta bancaria conjunta entre la perceptora de la pensión y el hombre con el que había convivido no implicaba que mediara entre ellos una relación marital*, pues se consideró convincente la explicación de que ella era simplemente su «cuidadora». Asimismo la SAP Valladolid 25 febrero 2011 (JUR 2011, 157550) afirmó que “*la cotitularidad en una sola cuenta bancaria tampoco ilustra mucho*” sobre la pretendida vida marital de la esposa con un tercero, por lo que las dudas al respecto se solventaron en pro del mantenimiento de la pensión.

¹²⁴ En la doctrina, *vid.* en este sentido, p.ej. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: *La extinción*, cit., p. 95; CABEZUELO ARENAS, A.L.: “Los Tribunales”, cit., p. 36; y “La pensión por desequilibrio económico”, en “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.): *Tratado de Derecho de la Familia*, T.II, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 603; y PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La modificación*, cit., p. 955.

entre el perceptor de la pensión y otra persona como un dato de máxima relevancia para entender probado que su relación goza de estabilidad y de una naturaleza asimilable a la conyugal son, entre otras, la SAP de Pontevedra 21 septiembre 2017¹²⁵ o la SAP de Cádiz 18 enero 2001¹²⁶. En esta última, acreditado por vía testifical y por la confesión de la propia mujer demandada que esta vivía con un hombre, e indiscutido que ambos habían tenido un hijo, la AP concluyó que la relación que los unía reunía el suficiente grado de intensidad como para ser considerada vida marital y justificar así la extinción de la pensión; y es que –razonó en tal sentido la sentencia– “el hecho de que D^a. Juana haya tenido descendencia con dicho señor nos hace pensar, sin temor a equivocarnos, que la relación no ha sido esporádica, sino que ha existido una convivencia habitual y continuada, fruto de la cual la pareja decidió tener descendencia, que ha debido de hacer más fuerte el vínculo hasta entonces existente”.

La misma Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de 5 octubre 2001¹²⁷, afirmó nítidamente en esa dirección que “existe en autos un dato, que nos parece importante, cual es el hecho de que D^a. Antonia y D. Francisco Javier han tenido un hijo en diciembre de 1999. Tal hecho evidencia y presupone la existencia de una relación estable y permanente entre los progenitores, pues no es creíble que tal descendencia sea fruto ocasional o circunstancial de una relación esporádica”. Sobre esa base, el tribunal consideró acreditado que “la demandada está incurso en dicha causa de extinción (por vida marital) desde al menos marzo de 1999, cuando concibió el hijo fruto de su relación con D. Francisco Javier”¹²⁸.

B) Corriente jurisprudencial mayoritaria que relativiza el valor probatorio de la descendencia en común

Sin embargo, y frente a la postura que se ha expuesto, domina ampliamente en la praxis judicial la tendencia en la que se refleja que, *incluso mediando el nacimiento de un*

¹²⁵ SAP Pontevedra 21 septiembre 2017 (JUR 2017, 252584).

¹²⁶ SAP Cádiz 18 enero 2001 (JUR 2001, 114691).

¹²⁷ SAP Cádiz 5 octubre 2001 (JUR 2002, 30430).

¹²⁸ Aunque con argumentos bastante lacónicos, no dejan de encontrarse algunas otras resoluciones que también toman en relativa consideración la existencia de un hijo común a los efectos del art. 101.1 CC; y decimos que solo *relativa* porque, en verdad, aun a falta de tal hijo, en los concretos asuntos resueltos la relación de vida marital estaba plenamente acreditada por otros indicios. Ejemplo de ello es la SAP Asturias 15 diciembre 2011 (AC 2012, 41) en la que se declaró extinguida la pensión compensatoria fijada a favor de la mujer en el procedimiento de divorcio, teniendo en cuenta que “D^a. M^a Dolores convivía desde hacía *más de veinte años* con otro varón, fruto de cuya relación *tenían una hija*”. O la SAP Valencia 5 octubre 2005 (JUR 2005, 274240) que, a fin de suprimir la pensión de 120 euros establecida en la sentencia de separación a cargo del marido, afirmó escuetamente que la esposa vivía con su nueva pareja en el mismo domicilio y que, fruto de esa relación estable en el nuevo núcleo de convivencia, *habían tenido recientemente un hijo*. *Vid.* en la misma línea las SS. AAPP Madrid 14 junio 2002 (JUR 2002, 202185), Valencia 9 junio 2004 (JUR 2005, 2177), Cantabria 24 febrero 2005 (JUR 2005, 91041) y Murcia 20 octubre 2009 (JUR 2009, 476925).

hijo en común, no existirá vida marital del perceptor de la pensión compensatoria si su relación con el otro progenitor es pasajera o puramente circunstancial o, expresado a la inversa, si dicho hijo no es fruto de una efectiva convivencia estable análoga a la conyugal¹²⁹.

Que el estado de gravidez o el alumbramiento de un hijo por la beneficiaria de la pensión no son en sí causa de supresión de este derecho fue la idea central que manejó la SAP Cádiz 13 enero 2000¹³⁰ para declarar improcedente la pretensión extintiva formulada por el ex marido. Según adujo este, su antigua mujer vivía maritalmente con otra persona “de quien ha tenido un hijo en noviembre de 1997, nacimiento reconocido por la propia interesada al prestar confesión judicial y cuya filiación paterna se establece sin dificultad a la luz de las documentales” obrantes en autos. Pese a ello, la Audiencia concluyó que “las pruebas practicadas no alcanzan a constatar clara y fidedignamente la vida marital del art. 101 CC atribuida a la beneficiaria de la pensión: es evidente –argumentó a tal fin el tribunal- que *la fecundación de la mujer y su ulterior alumbramiento no presuponen una situación de convivencia con el progenitor*, ni desde luego dichos acontecimientos en sí mismos considerados permiten adjetivar una relación de estable, dotada de cierta proyección social y alentada por una comunidad de intereses y afectos, en términos susceptibles de homologación a la vida conyugal”.

El mismo criterio guió a la SAP Huelva 6 octubre 2008¹³¹ para rebatir la alegación del marido de que “existe causa para extinguir la pensión al haber tenido su ex mujer una relación sentimental con otra persona, fruto de la cual va a nacer descendencia”. A fin de confirmar la sentencia del Juzgado por la que se desestimaba el cese de la pensión, declaró el tribunal que “se ha acreditado que ha habido una relación afectiva de la Sra. Rebeca con el Sr. Sebastián, fruto de la cual ha nacido descendencia, pero sin que ello cumpla los requisitos a que se refieren el Código Civil y la jurisprudencia, ya que se precisa una relación de pareja asimilable al matrimonio, con convivencia, cosa de la que ninguna prueba existe, pues incluso el domicilio del que se dice conviviente de la Sra. Rebeca figura en otra localidad distinta a Huelva y lo mismo ocurre con su lugar de trabajo”.

Otro tanto acaeció, por poner un último ejemplo, en el asunto resuelto por la SAP Madrid 9 diciembre 2002¹³² donde, como premisa para enjuiciar el tipo de relación que unía a la perceptora de la pensión con otro hombre, quedó sentado que “no

¹²⁹ Así lo recuerdan las SS. AAPP Zaragoza 17 junio 2002 (JUR 2002, 202322) y Las Palmas 10 octubre 2001 (JUR 2002, 34030), según las cuales la vida marital del art. 101 CC “ha de ser una unión estable similar a la matrimonial, no mereciendo tal consideración las relaciones sentimentales más o menos esporádicas o circunstanciales, *incluso mediando el nacimiento de un hijo* (SSAP Oviedo 16 octubre 1990 y Madrid 11 noviembre 1991)”.

¹³⁰ SAP Cádiz 13 enero 2000 (AC 2000, 717).

¹³¹ SAP Huelva 6 octubre 2008 (JUR 2009, 80311).

¹³² SAP Madrid 9 diciembre 2002 (JUR 2003, 33192).

hay duda, está reconocido y nadie discute que existiera una relación sentimental entre ambos, fruto de la cual nacieron gemelos en noviembre de 2000”. A partir de ese único dato, la sentencia de 1ª instancia había acordado extinguir la pensión compensatoria concedida en el divorcio a la ex mujer; decisión contra la cual recurrió ésta aduciendo que, si bien su relación culminó en un embarazo del que nacieron dos gemelos, el Juzgado le había privado de su pensión sin argumento alguno que justificara su vida marital pues “la causa extintiva de la pensión, a tenor del art. 101 CC, es la "convivencia marital" con otra persona, *no que la titular del derecho a pensión tenga o no descendencia con otra –u otras– personas*, y la sentencia basó la extinción en la existencia de mellizos” cuando estos nacieron de una relación pasajera en la que no hubo convivencia estable en la misma residencia ni proyecto de vida en común, sin que se mantenga en la actualidad ni se haya mantenido con el padre de los niños una relación de intensidad tal que pudiera constituir dicha causa extintiva.

Pues bien, esta fue la solución por la que finalmente optó la Audiencia, pese a que el ex marido se había opuesto al recurso alegando que su antigua mujer mantuvo con un tercero una relación de pareja durante un año, que cohabitaron aunque fuera por periodos interrumpidos –como llegó a reconocer la esposa- y que en el propio informe psicológico obrante en autos consta que “la progenitora materna tiene previsto la ampliación de la familia y una nueva vida en pareja”, de manera que –insistió el esposo- “dicho estado paraconyugal se ha venido a consolidar con el nacimiento de los mellizos nacidos de dicha unión, así como con la integración de dicha pareja e hijos en el grupo familiar constituido por la apelante y los hijos habidos de su anterior matrimonio”. A juicio del tribunal, sin embargo, aunque “por parte de Dª. Patricia, según se infiere del informe pericial, había visos de crear una nueva vida en pareja, esto no llegó a consolidarse: simplemente el Sr. C. dormía algunos fines de semana en casa de aquella y viceversa, sin que tampoco conste en modo alguno que ese hombre contribuyera al sostenimiento de ningún gasto derivado de Dª. Patricia, ni de sus hijos, ni del domicilio materno”; y si bien de su relación sentimental nacieron gemelos, cuando el Sr. C. “conoció el embarazo de Dª. Patricia, ello fue el inicio de la destrucción de su relación”. A la luz de esos datos, concluyó la AP que en el presente caso se dio una relación insuficiente como causa de privación de la pensión, pues “la prueba practicada no acredita que la ex esposa haya constituido con el Sr. C. una convivencia permanente y estable, de caracteres similares a la conyugal, que suponga un estado familiar *de facto*”¹³³.

Con todo, y sin poner en entredicho las soluciones alcanzadas por las precedentes

¹³³ También la SAP Asturias 12 julio 2002 (AC 2002, 1984) –donde la esposa admitió que había mantenido una relación sentimental con otro hombre y que *de esa relación había nacido una hija*– entendió que, dadas las versiones contradictorias de los testigos, no había quedado acreditada la vida marital de la demandada con el padre de su hija, por lo que desestimó la pretensión extintiva de la pensión formulada por el marido. *Vid.* igualmente las SS. AAPP Cáceres 11 septiembre 2001 (JUR 2001, 314000) y La Coruña 23 julio 2008 (JUR 2008, 344072), según la cual “el hecho de tener una hija no implica que la demandada haya convivido maritalmente con otra persona”.

sentencias, repárese en la posible paradoja que se puede dar, con esta jurisprudencia, por razón de que *el hijo sea fruto de una convivencia efímera, pasajera o de duración no prolongada*. Tal relación, no siendo estable ni, por tanto, subsumible en la noción de «vida marital» del art. 101.1 CC, no bastará para extinguir el derecho a la pensión del progenitor beneficiario de la misma. En cambio, esa misma relación sí tendría –*precisamente por el dato de la descendencia común de sus integrantes*- status de pareja de hecho “juridificada” a efectos de que algunas leyes autonómicas de uniones de hecho¹³⁴ –y también determinadas previsiones puntuales sobre éstas en la legislación estatal (como en la Ley de Arrendamientos Urbanos¹³⁵, por caso)¹³⁶- le asignen los correspondientes efectos jurídicos, otorgando a sus miembros derechos sustancialmente similares a los de los unidos por matrimonio.

III. VAGUEDAD DE LA EXPRESIÓN «VIVIR MARITALMENTE» DEL ARTÍCULO 101.1 DEL CÓDIGO CIVIL Y DIVERGENCIAS INTERPRETATIVAS EN ORDEN A SU PRUEBA ANTE LOS TRIBUNALES

1. Interpretación judicial *restrictiva*: la exigencia de prueba de convivencia en la misma vivienda, con cohabitación estable y análoga a la matrimonial, como requisitos para la extinción de la pensión por desequilibrio económico

Un análisis exhaustivo de la nutridísima jurisprudencia menor en torno al tema permite constatar que, desde que la Ley 30/1981 incluyera en el art. 101.1 CC como causa extintiva de la pensión compensatoria la vida marital de su perceptor –precepto no alterado un ápice por la Ley 15/2005 de reforma de la separación y el divorcio-, ha sido criterio generalizado entre nuestras Audiencias Provinciales realizar una lectura *restrictiva* de la fórmula «vivir maritalmente con otra persona»

¹³⁴ Así, por ejemplo, el art. 234-1.b) del CC de Cataluña señala que dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable, entre otros supuestos, «si durante la convivencia, *tienen un hijo común*». *Vid.* asimismo el art. 3.2 de la Ley 4/2002 de Parejas Estables de Asturias, el art. 2.2 de la Ley 5/2003 de Parejas de Hecho de Extremadura, el art. 1.2 de la Ley 5/2003 de Parejas de Hecho de Canarias, o el art. 4.3.b) de la Ley 1/2005 de Parejas de Hecho de Cantabria. Refiriéndose a esos supuestos, ha escrito BERCOVITZ, R.: “El ámbito”, cit., p. 603, que “probablemente el legislador entienda que el compromiso que normalmente deriva (en personas responsables) de la procreación es ya de por sí suficiente, e incluso más revelador que cualquier convivencia significativamente duradera del propósito de convivir”.

¹³⁵ Así, el art. 16.1.b) de esta Ley permite que, a la muerte del arrendador, se subroge en el arrendamiento su pareja (hetero u homosexual) con relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que, o bien hayan convivido durante, al menos, los dos años anteriores al fallecimiento, o bien –y aquí está la clave- *hayan tenido descendencia en común*, en cuyo caso dice el precepto que bastará la mera convivencia (que podrá, por tanto, haber sido de escasa duración). Ese mismo requisito de la existencia de un hijo en común basta también para que el conviviente de hecho pueda continuar el arrendamiento de vivienda, cuando el arrendatario no renovara el contrato, desistiera de él o abandonara la vivienda (art. 12.4 Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos).

¹³⁶ *Vid.* también, p.ej. art. 2.3.a) Ley 35/1995 de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, art. 3.2.b) Ley 32/1999 de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, art. 10.2 Ley 52/2007 de la Memoria Histórica, o art. 17.2.a) Ley 29/2011 de Reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo.

empleada por dicha norma. Tal interpretación ha consistido en exigir, para la apreciación de vida marital, la ineludible prueba de la *convivencia o cohabitación* del beneficiario de la pensión con un tercero¹³⁷, la *habitualidad o estabilidad* de dicha convivencia¹³⁸ y *la similitud de la misma con la matrimonial*.

A sensu contrario, según esta línea jurisprudencial la falta de cualquiera de esos tres presupuestos implica la inexistencia de vida marital, de manera que no habrá esta y se mantendrá la pensión si *no hay cohabitación en la misma vivienda* (SAP Guipúzcoa 22 diciembre 2008¹³⁹), o si la convivencia *no es habitual y estable* (SAP Valencia 28 mayo 2012¹⁴⁰), o si, probada la realidad de una convivencia habitual y estable, esta *no es análoga a la conyugal* sino que obedece a *otras finalidades distintas*, ya sean puramente económicas *-compartir gastos* (SAP Salamanca 11 octubre 2012¹⁴¹) o la existencia de

¹³⁷ En la doctrina actual, se decanta por restringir la existencia de vida marital del art. 101.1 CC exclusivamente a los casos de parejas que *convivan en un solo domicilio* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Las parejas no casadas”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, T. IV (dir. por M. YZQUIERDO y M. CUENA), Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 919-921 y 939.

En esa línea, la SAP Murcia 20 mayo 2010 (JUR 2010, 238440) destaca que “*la convivencia en el mismo domicilio es un dato esencial para apreciar la relación similar al matrimonio*” a efectos de extinción de la pensión compensatoria *ex art. 101.1 CC*. Y también las SS. TSJ de Cataluña 18 octubre 2007 (RJ 2009, 3130), 26 noviembre 2009 (RJ 2010, 75) y 21 febrero 2013 (JUR 2013, 152687) recalcan que “no podemos admitir que las relaciones no convivenciales puedan ser asimilables a las matrimoniales (a los efectos que nos hallamos analizando)” –la causa extintiva de la pensión por vida marital-. *Vid.* en el mismo sentido, p.ej. las SS. AAPP de La Coruña 20 julio 2011 (JUR 2011, 316791) y Alicante 24 marzo 2011 (JUR 2011, 303037); así como las SS. AAPP Madrid 25 junio 2013 (JUR 2013, 263967), Asturias de 7 mayo 2013 (JUR 2013, 198203), 19 abril 2013 (JUR 2013, 203080), 15 octubre 2012 (JUR 2012, 370378) y 22 junio 2012 (JUR 2012, 296107), Almería 30 abril 2012 (JUR 2013, 134201) y Las Palmas 6 febrero 2012 (JUR 2012, 363207) –grupo este de sentencias que se funda, como principal indicio de la existencia de *cohabitación*, en el dato de que los dos miembros de la pareja disponían de *llaves del mismo domicilio* para acceder con ellas al mismo con toda normalidad-; y también las SS. AAPP Asturias 7 marzo 2011 (JUR 2011, 417290), Barcelona 29 diciembre 2011 (JUR 2012, 94054), Alicante 4 mayo 2012 (JUR 2012, 257315) y Madrid 20 junio 2013 (JUR 2013, 263645) –resoluciones judiciales que consideran la mención conjunta *en el buzón de correos de la misma vivienda de los nombres del perceptor de la pensión y de su pareja* como buen indicio para apreciar la efectiva convivencia de ambos en dicho domicilio-.

¹³⁸ A fin de realzar las características de habitualidad y estabilidad que ha de reunir la convivencia, en las citadas SS. TSJ de Cataluña 18 octubre 2007 (RJ 2009, 3130) y 26 noviembre 2009 (RJ 2010, 75) se llegó a reprochar a la AP de Barcelona “la ambigüedad de la frase contenida en el tercer fundamento de la sentencia recurrida en el sentido de que *la relación estable no tiene por qué materializarse necesariamente en una convivencia ininterrumpida*”. Asimismo subrayan los necesarios “caracteres de permanencia y estabilidad” de la convivencia, p.ej. las SS. AAPP Valencia 28 mayo 2012 (JUR 2012, 286949) y Granada 30 marzo 2012 (JUR 2012, 242847).

¹³⁹ SAP Guipúzcoa 22 diciembre 2008 (JUR 2009, 47438). También resaltan la exclusión del ámbito de aplicación del art. 101.1 *in fine* CC de las relaciones de pareja *no convivenciales* (noviazgos y amistades íntimas y especiales entre parejas que no moran bajo un mismo techo), p.ej. las SS. AAPP Albacete 26 diciembre 2012 (JUR 2013, 33394), Barcelona 7 febrero 2012 (JUR 2012, 141012) y Murcia 17 febrero 2011 (JUR 2011, 159735).

¹⁴⁰ SAP Valencia 28 mayo 2012 (JUR 2012, 286949). Entre otras sentencias que descartan la posibilidad de subsumir en la noción de vida marital del art. 101 CC las relaciones convivenciales *pasajeras o circunstanciales*, *vid.* además las SS. AAPP de Orense 4 febrero 2011 (JUR 2011, 116350) y Salamanca 11 octubre 2012 (JUR 2012, 371804).

¹⁴¹ SAP Salamanca 11 octubre 2012 (JUR 2012, 371804). *Vid.* también la SAP Alicante 6 abril 2011

una *relación arrendaticia* (SAP Vizcaya 5 enero 2010¹⁴²) o de *hospedaje* (SAP Barcelona 21 enero 2000¹⁴³)-, ya sean *motivos médicos* (SAP Las Palmas 10 octubre 2001¹⁴⁴), *razones laborales* (SAP Baleares 27 marzo 2000¹⁴⁵), de tipo *asistencial* (SS. AAPP Asturias 10 noviembre 2017¹⁴⁶ y Zaragoza 16 mayo 2005¹⁴⁷) o de *prestación del servicio doméstico* (SAP Asturias 24 marzo 1999¹⁴⁸) -como, con manifiesto descaro en ocasiones, suele alegar en su defensa el beneficiario de la pensión-.

Según es fácil intuir, esta opción interpretativa –dominante hasta hace pocos años-

(JUR 2011, 215826).

¹⁴² SAP Vizcaya 5 enero 2010 (JUR 2010, 150303). *Cfr.* también las SS. AAPP de Salamanca 30 abril 2010 (JUR 2010, 231717), Cantabria 19 abril 2011 (JUR 2013, 23483) y Madrid 25 junio 2013 (JUR 2013, 263967).

¹⁴³ SAP Barcelona 21 enero 2000 (JUR 2000, 142518). *Vid.* asimismo las SS. AAPP Asturias 23 septiembre 1992 (AC 1992, 1236) y Tenerife 29 abril 2015 (JUR 2015, 215246).

¹⁴⁴ SAP Las Palmas 10 octubre 2001 (JUR 2002, 34030).

¹⁴⁵ SAP Baleares 27 marzo 2000 (AC 2000, 3890). *Vid.* SS. AAPP Pontevedra 24 mayo 2013 (JUR 2013, 213112) y Asturias 15 octubre 2012 (JUR 2012, 370378).

¹⁴⁶ SAP Asturias 10 noviembre 2017 (JUR 2017, 30907415). *Vid.* también, p.ej. las SS. AAPP Madrid 22 enero 2013 (JUR 2013, 67204) y 24 enero 2003 (JUR 2003, 93172).

¹⁴⁷ SAP Zaragoza 16 mayo 2005 (JUR 2005, 121577). Especialmente jugosa es esta Sentencia en el tratamiento de la exclusión del concepto de vida marital del art. 101.1 CC de aquellas relaciones convivenciales estables que tengan fines diferentes a los de la convivencia "a modo de matrimonio". Admitido por la propia beneficiaria de la pensión que vivía día y noche con un señor en el domicilio de este, recurrió aquella la sentencia de instancia –que había decretado la extinción de su derecho a pensión- alegando que tal convivencia estable tenía como único objeto “atenderlo por razón de sus diversas patologías”, *cuidarlo a cambio de una habitación*. La AP de Zaragoza, sin embargo, entendió que había sobradas razones para estimar que “la relación entre ellos *excedía de la meramente negocial* y que *no podía catalogarse como una relación laboral-asistencial típica*”: así, entre otras cosas, no se probó que la mujer poseyera conocimientos asistenciales para solucionar las hipotéticas crisis de su conviviente; tampoco parecía lógico que el señor que simplemente es cuidado por una señora acudiera al bautizo de la nieta de esta ni a la boda del hermano de su nuera; y además, los testigos aportaron datos que no cuadraban bien con una relación basada en meros cuidados, al relatar que daba “la impresión de que iban como una pareja, hablando en paralelo y cogidos de la mano”. Por otra parte, en el denodado intento de la mujer por justificar que su convivencia con aquel hombre no obedecía a una relación personal y sentimental asimilable a la de un matrimonio o pareja de hecho, centró aquella su defensa en la imposibilidad de mantener *relaciones sexuales íntimas entre ambos*, por razón de su edad y achaques. Pese a ello, la AP vino a dismantelar, con buen criterio, el referido alegato de la perceptora de la pensión: en primer lugar, puso de relieve que fisiológicamente no se había acreditado esa imposibilidad o impedimento invocado para cualquier relación física de tipo íntimo; pero, sobre todo, destacó que “*lo fundamental no es que ambos puedan tener o tengan ese tipo de relaciones, sino que su convivencia sea a modo de matrimonio*. Y esta lo será si las relaciones de vivencia en común lo son afectivamente como las de un matrimonio de similares características físicas y cronológicas. Es decir, cuando la relación no es empleado-trabajadora ni lo es «a modo de hermanos»”.

¹⁴⁸ RDF, núm. 7, 2000, pp. 165-166. En este asunto, unos días antes de que el ex marido interpusiera la demanda de extinción de la pensión, su perceptora *se afilió a la Seguridad Social como Empleada de Hogar* del hombre con el que convivía. Pese a ello, no dejó el Tribunal de apreciar que la relación entre ambos era de vida marital, con el consiguiente efecto extintivo de la pensión, a cuyo fin argumentó sagazmente que “*ni se acreditó la realidad de la situación laboral ni la percepción de salario, pareciendo más bien un intento de preconstituir una prueba ficticia*, pues siempre sería a ambos más rentable el abono de las cuotas correspondientes que la pérdida de la cuantía de más de 45.000 ptas. mensuales que el esposo viene abonando a la recurrente como pensión”.

ha venido a *favorecer al cónyuge acreedor de la pensión* compensatoria (hoy por hoy, todavía, y aunque las tornas vayan paulatinamente cambiando, casi siempre mujer) y ha puesto las cosas *más difíciles al cónyuge obligado al pago* (casi siempre hombre)¹⁴⁹, quien sólo triunfaría en su pretensión extintiva si lograba demostrar la vida marital de su anterior consorte con otra persona, en esos rigurosos y exigentes términos de cohabitación estable asimilable a la matrimonial que acaban de apuntarse.

2. La vida marital y su interpretación judicial *in dubio pro* deudor de la pensión compensatoria: el carácter prescindible de la prueba de la cohabitación del beneficiario de la pensión con un tercero y la relajación de las notas de habitualidad y permanencia de su relación de pareja

Frente a la tendencia anteriormente descrita, no faltan sin embargo bastantes sentencias -progresivamente en ascenso, sobre todo a partir de 2012 (por lo que luego se dirá)- que, al cobijo del llamado canon sociológico en la interpretación de las leyes (art. 3.1 CC), ofrecen un concepto *amplio y flexible* de la expresión «vivir maritalmente» del art. 101 CC y admiten la posibilidad de existencia de vida marital *aunque no haya cohabitación bajo el mismo techo*¹⁵⁰ –poniendo el acento en la distinción

¹⁴⁹ Si ya pocos son –y siguen siendo incluso a día de hoy- los casos en que el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria es el marido y la obligación de su pago incumbe a la mujer -SAP Palencia 15 mayo 1996 (AC 1996, 1011)-, ninguna extrañeza causará que, en nuestro pormenorizado repaso de la jurisprudencia menor en torno al art. 101.1 CC, solamente una sentencia hayamos localizado en sede de Audiencias -la SAP Barcelona 27 enero 1999 (AC 1999, 146)- en la que *fue la esposa quien solicitó la extinción de la pensión que ella abonaba a su ex marido* alegando que este vivía maritalmente con otra persona (aunque, al no quedar esto debidamente probado, tal pretensión extintiva de la ex mujer fue desestimada).

¹⁵⁰ Probablemente entre las primeras sentencias que se decantaron por considerar que *la convivencia en el mismo domicilio no es requisito ineludible* de la vida marital del art. 101.1 CC se encuentren las de la AP de Madrid de 22 septiembre 2000 (JUR 2000, 303199) –que acordó extinguir la pensión pese a que, en el caso, la beneficiaria de la misma y su pareja tenían *domicilios separados*- y de 10 septiembre 1998 (AC 1998, 1812), según la cual “*la mera existencia de un tabique entre viviendas*” no impide apreciar dicha causa extintiva, como aconteció en el concreto asunto litigioso al haber trasladado la perceptora de la pensión *su residencia al piso contiguo* (el 7º B) al del hombre con quien el ex marido alegaba que aquélla vivía maritalmente, compañero que residía en el 7º C. Avanzando en el tiempo, también vienen a dispensar de la tradicional exigencia de “cohabitación” la SAP Tenerife 8 marzo 2010 (JUR 2011, 13028) –ulteriormente confirmada por la STS 28 marzo 2012 (RJ 2012, 5591)- o las SS. AAPP Toledo 3 febrero 2016 (JUR 2016, 58695) y de Murcia 8 febrero 2018 (JUR 2018, 95643) y 12 mayo 2016 (JUR 2016, 160543), en todas las cuales se afirma que “el dato de *la convivencia* resulta hoy desdibujado en lo que son relaciones matrimoniales o asimiladas. La facilidad y rapidez de las comunicaciones, así como razones laborales, hacen frecuente que el lugar de trabajo y el de residencia no siempre coincidan”: la vida marital del art. 101 CC puede apreciarse, pues, “*sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda*”. *Vid.* igualmente, p.ej. las SS. AAPP Madrid 12 noviembre 2012 (JUR 2013, 10505) –declarada firme por el Auto TS 29 octubre 2013 (JUR 2013, 346390)-, Cádiz 17 julio 2012 (JUR 2012, 353136) y La Coruña 15 octubre 2012 (JUR 2013, 34690). Asimismo en la doctrina, GARCÍA VARELA, R.: “Comentario art. 101 CC”, en AA. VV.: *Comentario del Código Civil*, (coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), T.2, Barcelona, Bosch, 2000, p. 161, PÉREZ MARTÍN, A.J.: “Com. art. 101 CC”, cit., p. 208), CABEZUELO, A.L.: “La pensión”, cit., p. 568) y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Com. art. 101 CC”, cit., p. 1066, reputan acertado no exigir necesariamente y en todo caso la convivencia en el mismo domicilio para poder apreciar la

entre la “vivencia” y la “convivencia” (SAP Castellón 6 abril 2009¹⁵¹)-, al tiempo que relativizan parcialmente las notas de habitualidad y permanencia en la relación en cuestión, reputando suficiente que haya “*visos*” o “*vocación*” de cierta estabilidad de la misma (SAP Murcia 7 diciembre 2011¹⁵²).

Desde esta interpretación de la noción de vida marital, los tribunales que se inscriben en esa corriente vienen a mostrarse generosos en la apreciación del supuesto de hecho del art. 101.1 *in fine* CC como causa extintiva de la pensión compensatoria, lo que, a la postre, y aun partiendo de que la carga de la prueba corresponde a quien insta la extinción (art. 217 LEC)¹⁵³, se traduce en una opción

existencia de vida marital a los efectos del art. 101.1 CC.

¹⁵¹ SAP Castellón 6 abril 2009 (AC 2009, 1679). Rotundamente se inclinó esta sentencia por calificar como vida marital la relación sentimental de más de trece años existente entre la beneficiaria de la pensión con otra persona -pese a la ausencia de efectiva convivencia material entre ambos-, declarando sin ambages el carácter *prescindible y no esencial de tal convivencia*. Según afirma el Tribunal, “la jurisprudencia parece haber convertido la expresión legal «vivencia» en «convivencia», en interpretación excesivamente identitaria y rigurosa, que además opera en situaciones de difícil probanza para el deudor de la pensión ante lo que suele ser una actitud de ocultación de la realidad a fin de conservar la pensión”. Abundando en esa idea, añadió la AP de Castellón que no es infrecuente tratar de ocultar “el dato que, por lo general, más y mejor viene a descubrir una inconveniente relación marital: la convivencia. Sin embargo, tal convivencia, con ser en la mayoría de los casos vital, pero como medio de prueba, no como fin en sí misma, no es decisiva. Aquí radica el *quid* de la cuestión: el art. 101 CC no alude a «convivencia» marital, sino a «vivencia». Y bien está que los tribunales se fijen en la convivencia bajo un mismo techo, pero no más que como un importante dato acreditativo de la «vivencia marital», como un elemento probatorio de tal situación de vivencia, pero no como el dato en sí mismo que el precepto exija probar en todo caso. No es así, no lo exige el precepto, de tal modo que caben situaciones en que *puede reconocerse la «vivencia marital» sin convivencia*, bien porque esta no venga dada por razones de disponibilidad personal momentánea o de índole profesional, o incluso por mera conveniencia *para evitar la pérdida de la pensión*. Por lo tanto –concluyó la AP en contra del carácter necesario e ineludible del dato fáctico de la cohabitación-, en el caso en que no haya convivencia será más difícil probar la «vivencia marital», pero no porque aquella no exista se está impedido de probar esta. De ahí, a asemejar vivencia y convivencia, dista un trecho que los tribunales no deben desconocer para no caer en fáciles conclusiones”.

¹⁵² SAP Murcia 7 diciembre 2011 (JUR 2011, 440857). *Vid.* igualmente la SAP Murcia 18 marzo 2009 (JUR 2009, 207513). En idénticos términos que ambas sentencias murcianas, también la antes citada SAP de Tenerife de 8 marzo 2010 (JUR 2011, 13028) afirma, en relación con la noción de vida marital del art. 101.1 CC, que “la estabilidad ya no es un dato tan relevante, o al menos ha de entenderse más limitada en el tiempo”. Y de igual modo apuestan decididamente por la necesaria relajación de los rasgos de “estabilidad o habitualidad” de la relación en cuestión, p.ej. las SS. AAPP Navarra 12 abril 2013 (JUR 2013, 176803), Valencia 17 diciembre 2013 (AC 2014, 181), Pontevedra 31 enero 2013 (JUR 2013, 87062) –declarada firme por el Auto TS 8 julio 2014 (JUR 2014, 204539)- y Asturias 13 abril 2018 (JUR 2018, 149243).

¹⁵³ Amén del principio de rogación que informa la materia de la pensión compensatoria -de modo que el juez no procederá de oficio ni a su concesión ni a su modificación, ni tampoco a su extinción *ex art.* 101 CC, todo lo cual habrá de ser solicitado por el interesado -SAP Barcelona 6 julio 2017 (JUR 2017, 266701)-, resulta claro que respecto de la supresión de dicha pensión es *el cónyuge obligado a su pago* –o sus herederos, de haber fallecido aquel (art. 101.2 CC)- quien debe invocar y acreditar en el juicio la concreta causa extintiva y, en lo que aquí nos importa, quien tiene que *alegar y probar* que el perceptor vive maritalmente con otra persona. Esto es, “con base a las prescripciones del art. 217 de la LEC, *corresponde la carga de la prueba a quien insta dicha causa de extinción*” -SS. AAPP La Coruña 20 septiembre 2017 (JUR 2017, 251099) y Madrid 10 mayo 2016 (JUR 2016, 164400)-. Con todo, matizando el rigor del *onus probandi* cuando la causa extintiva que se alega es precisamente la

hermenéutica en favor del cónyuge obligado al pago (generalmente el varón), que podrá ver prosperar su pretensión liberatoria con mayor facilidad, eximido como está de acreditar la cohabitación material de su antiguo cónyuge con un tercero y la estabilidad de tal situación, bastándole con aportar evidencias probatorias (a menudo, tan solo indiciarias) del carácter afectivo, semejante al conyugal, de la relación entre ambos.

Como se ha tratado de hacer ver a lo largo del presente estudio, la locución «vivir maritalmente» que utiliza el art. 101.1 CC alude a un concepto jurídico *indeterminado* donde los haya, por lo que los evanescentes contornos de esa vaga noción de vida marital y las considerables dificultades que entraña su prueba comportan una gran dosis de subjetividad del juzgador a la hora de su valoración, todo lo cual ha abocado a una falta de uniformidad en la interpretación de dicha norma, en detrimento de la deseable seguridad jurídica¹⁵⁴. Por ello, y con el afán de homogeneizar las heterogéneas y dispares decisiones de los órganos judiciales inferiores, el Tribunal Supremo ha tratado de sentar una serie de parámetros y criterios interpretativos de la «vida marital» como causa extintiva de la pensión compensatoria y, a través de sus ya célebres Sentencias de 9 de febrero de 2012¹⁵⁵ y 28 de marzo del mismo año¹⁵⁶ –de las que posteriormente se hace eco la STS 24

vida marital, los tribunales suelen puntualizar –así lo hace la SAP Baleares 27 marzo 2000 (AC 2000, 3890)- que “si bien es cierto que la prueba de la convivencia o relación *incumbe al cónyuge demandante*, una vez que este haya acreditado su realidad *corresponderá a la parte demandada [perceptora de la pensión] acreditar que tal convivencia no puede equipararse a una unión *more uxorio*” sino que responde a otros fines. Expresada en otros términos esa suerte de inversión de carga de la prueba, “la demostración de que la relación no reúne las características que la convierten en asimilable a la matrimonial corresponde a quien se halla en tal situación, por la teoría de la *disponibilidad y facilidad probatoria* que recoge el art. 217.6 LEC [hoy art. 217.7], toda vez que el perceptor de la pensión que se pretende extinguir es quien cuenta con los datos capaces de determinar en cada momento el carácter de la relación que mantiene” -SAP Sevilla 15 marzo 2017 (JUR 2017, 241188)-. Así, pues, y según destaca la SAP Asturias 19 octubre 2015 (JUR 2015, 258952), “si bien la prueba de la convivencia incumbe al demandante –obligado al pago de la pensión y que pide su extinción-, demostrado aquel extremo ha de ser el beneficiario que intenta impedir la desaparición de la pensión quien pruebe que tal convivencia no es estable o *more uxorio*, sino que obedece a otra causa, ante la facilidad probatoria que dicha circunstancia tiene para él, y que resultaría una *verdadera prueba diabólica* para la contraparte”. De «prueba diabólica» habla también la SAP Cádiz 14 junio 2017 (JUR 2017, 220194) al referirse a algunos de los escollos con que en este tipo de pleitos tropieza el cónyuge deudor que insta la extinción de la pensión para demostrar que su perceptor vive maritalmente con otra persona.*

¹⁵⁴ Si a la imposibilidad de definir con exactitud el concepto mismo de «vida marital» se suman *los vagos, débiles y, a veces, sumamente parcos razonamientos* que en algunas sentencias (por supuesto, no en todas) emplean los tribunales para dar por probado o no tal tipo de relación y decretar o no la extinción de la pensión, no es de extrañar que en ocasiones el cónyuge desfavorecido por la decisión judicial en cuestión haya tratado de agarrarse –casi siempre, *sin éxito*- a la pretendida *falta de motivación de la sentencia*, intentando la declaración de nulidad de la misma por la *indefensión* sufrida (ex arts. 24 y 120.3 CE). Muestra de ello son la S. TSJ de Cataluña 18 octubre 2007 (RJ 2009, 3130) y las SS. AAPP Madrid 9 diciembre 2002 (JUR 2003, 33192) y Córdoba 11 febrero 1998 (AC 1998, 275).

¹⁵⁵ STS 9 febrero 2012 (RJ 2012, 2040).

¹⁵⁶ STS 28 marzo 2012 (RJ 2012, 5591).

marzo 2017¹⁵⁷-, ha apostado con nitidez precisamente por la plausible línea *aperturista* que líneas atrás exponíamos acerca del modo de enjuiciar dicha noción, que habrá de ser interpretada con arreglo a la realidad social del momento actual en que se aplica. Ello conduce –como el propio TS se encarga de razonar-, de un lado, a la *dispensa del clásico requisito de la convivencia* para poder dar por probada la vida marital¹⁵⁸; y así, de tal manera, *se evita el patente fraude* por parte de quienes siendo, en verdad, auténtica pareja *de facto*, prescinden de vivir en la misma vivienda, precisamente para burlar la norma que en tal caso privaría de la pensión a su beneficiario. Por otro lado, tal entendimiento lleva a *atenuar y valorar de forma permisiva los rasgos de estabilidad y permanencia* de dicha relación¹⁵⁹ pues, habida cuenta de que en el propio matrimonio la durabilidad ya no es elemento sustancial y desde la Ley 15/2005 cabe disolverlo por voluntad unilateral de uno de los cónyuges y tras solo tres meses desde su celebración (o incluso sin ese plazo en ciertos supuestos), no cabe exigir más de la vida marital sin matrimonio de lo que se exige para el matrimonio *stricto sensu*¹⁶⁰.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital (De acuerdo a la Ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

¹⁵⁷ STS 24 marzo 2017 (RJ 2017, 896). *Vid.* también los Autos del TS 18 mayo 2016 (JUR 2016, 117490), 6 abril 2016 (JUR 2016, 76148), 2 marzo 2016 (JUR 2016, 51735), 28 enero 2015 (JUR 2015, 38234) y 27 mayo 2014 (JUR 2014, 164029).

¹⁵⁸ Tras las citadas SSTs de 9 febrero y 28 marzo 2012, *vid.* igualmente, entre otras, las SS. AAPP Madrid 11 diciembre 2017 (JUR 2018, 44586) y 10 mayo 2016 (JUR 2016, 164400), Murcia 17 octubre 2017 (JUR 2017, 309040), Málaga 20 octubre 2016 (JUR 2017, 94416) y 29 marzo 2017 (JUR 2017, 269281), Barcelona 17 febrero 2017 (JUR 2017, 158685), Cádiz 10 octubre 2016 (JUR 2017, 1578), Valencia 4 mayo 2015 (JUR 2015, 168159), La Coruña 13 febrero 2015 (JUR 2015, 81346) y Castellón 7 febrero 2014 (JUR 2014, 120116).

¹⁵⁹ *Vid.* en este sentido, con posterioridad a la jurisprudencia sentada por ambas Sentencias del TS de 2012, p.ej. las SS. AAPP de La Coruña 25 enero 2018 (JUR 2018, 62341), Cantabria 9 enero 2017 (JUR 2017, 144474), Málaga 28 diciembre 2015 (JUR 2016, 181120) y 4 noviembre 2016 (JUR 2016, 108995), Valladolid 19 julio 2016 (JUR 2016, 201659), Cádiz 13 marzo 2015 (JUR 2015, 127524) y Valencia 8 enero 2014 (JUR 2014, 80524).

¹⁶⁰ Del análisis detenido de esta doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre el art. 101.1 *in fine* CC -especialmente en lo que concierne a lo que el mismo TS califica como “enormes dificultades” de prueba de una relación de vida marital y también respecto al argumento de la lucha contra el fraude de ley en el terreno de las parejas de hecho como eje de la conveniencia de flexibilización de dicha prueba- ya me he ocupado anteriormente en otros lugares; concretamente, en el artículo GUTIÉRREZ SANTIAGO, P./GARCÍA AMADO, J.A.: “La vida marital como causa de extinción de la pensión compensatoria (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código Civil)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 6, 2013, pp. 1-37, en especial pp. 13-31; y más extensamente en la monografía GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La «vida marital» del perceptor de la pensión compensatoria (El artículo 101.1 del Código Civil, la nueva relación de pareja del cónyuge divorciado y su problemática como causa de extinción de la pensión)*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “El ámbito de aplicación de las leyes sobre parejas o uniones estables de hecho”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T.I (coord. GONZÁLEZ PORRAS, J.M. Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2005.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: “La pensión por desequilibrio económico”, en “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.): *Tratado de Derecho de la Familia*, T. II, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2ª ed., 2017.

- “Los Tribunales españoles y el tratamiento del fraude en el ámbito de la pensión compensatoria”, en *Poder Judicial*, núm. 69, 2003.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Las parejas no casadas”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, T. IV, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2ª ed., 2017.

DE MADRID-DÁVILA, E.: “El informe de detectives y su relación con el proceso probático”, en ABEL LLUCH, X, PICÓ I JUNOY, J. Y RICHARD GONZÁLEZ, M. (dirs.): *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, Madrid, La Ley, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 101 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, T.I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al artículo 101 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Comentario del Código Civil*, T. II, Barcelona, Bosch, 2000.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La «vida marital» del perceptor de la pensión compensatoria (El artículo 101.1 del Código Civil, la nueva relación de pareja del cónyuge divorciado y su problemática como causa de extinción de la pensión)*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2013.

- “El juego de la autonomía de la voluntad y sus límites en los convenios reguladores de la separación y del divorcio (Su proyección sobre la «vida marital» como causa extintiva e impeditiva del derecho a pensión compensatoria)”, en AA.VV.: *Liber Amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2016.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. Y GARCÍA AMADO, J.A.: “La vida marital como causa de extinción de la pensión compensatoria (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código Civil)”, en *Revista de la Facultad de*

Derecho de la UNED, núm. 6 (Monográfico XII), junio 2013,

MESA MARRERO, C.: *Las Uniones de Hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.

MUÑOZ SABATÉ, L.: *El proceso matrimonial*, Barcelona, Bosch, 1981.

NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Comentario al artículo 101 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO, P., ORDUÑA MORENO, J. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.): *Código Civil Comentado*, T. I, 1ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

PASCUAL MEDRANO, A.: “Detectives privados y protección de derechos fundamentales: una delicada relación”, en *La Ley*, núm. 8193, 2013.

PÉREZ HERNÁNDEZ, E.: “La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives privados”, en *Poder Judicial*, núm. 35, 1994.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, *Tratado de Derecho de Familia*, T.IV, Valladolid, Lex Nova – Thomson Reuters, 3ª ed., 2012.

- “Comentario al artículo 101 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a.P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: “Los servicios de los detectives privados: licitud y valor de sus investigaciones”, en *Revista General del Derecho*, núm. 620, 1996.

VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, Civitas, 1982.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera”, en *La Ley*, Vol. 4, 2010.



NO SE ACABA TODO CON LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL VALENCIANO¹

*IT DOES NOT FINISH EVERYTHING WITH THE DECLARATION OF
UNCONSTITUTIONALITY OF THE VALENCIAN LAW OF MATRIMONIAL PROPERTY
REGIME*

MARÍA DOLORES MAS BADÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat de València
Dolores.Mas@uv.es

RESUMEN: En este trabajo se estudia el alcance que debe tener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano en el tiempo; en qué medida debe privar de eficacia hacia el pasado a la ley afectada o incluso si puede permitir cierto grado de ultractividad de ésta.

PALABRAS CLAVE: régimen económico matrimonial valenciano; declaración de inconstitucionalidad (alcance temporal de la); sucesión de normas en el tiempo; retroactividad/irretroactividad; nulidad.

ABSTRACT: In this work we analyze the significance that the declaration of unconstitutionality of valencian marital property regime Law must have in time; to wich extent it should deprive of efficacy in the past the affected law ore even if some degree of future efficacy should be allowed

KEY WORDS: matrimonial property regime; declaration of unconstitutionality (significance in time); retroactivity/ non-retroactivity; nullity.

FECHA DE ENTREGA: 05/06/2018 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/06/2018

¹ Este trabajo constituye el texto de la comunicación presentada por la autora a las VII Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, en homenaje al Profesor C. M. Bianca: “Cuestiones actuales del Derecho de Familia”, celebradas el 26 de abril en el Colegio Notarial de Valencia. Su objeto es divulgar algunos aspectos de una labor previa de investigación que tuvo su reflejo en publicaciones anteriores, muy en especial, en MAS BADÍA, M^a. D.: “El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 317-386; y en “Luces y sombras de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 20, 2016.

SUMARIO: I. UNA LEY INCONSTITUCIONAL PRODUCE EFECTOS.- II. RETAZOS DE VIDA DE LA LREMV.- 1. Presupuestos preliminares: el Fundamento Jurídico 8 de la STC 82/2016.- 2. La persistencia de la sujeción al régimen de separación de bienes.- 3. Los efectos sobre el llamado régimen económico matrimonial primario.- 4. Las germanías pactadas vigente la LREMV.- III. CONCLUSIÓN GENERAL.

I. UNA LEY INCONSTITUCIONAL PRODUCE EFECTOS

La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (en adelante, LREMV) estuvo vigente durante ocho largos años antes de ser declarada inconstitucional. En este tiempo, se aplicó, generó obligaciones, derechos y expectativas, amparadas por su presunción de validez. La sentencia firme de inconstitucionalidad -STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82)- impacta en este panorama². Aunque la ley inconstitucional se declara nula, sería ingenuo pensar que los problemas de eficacia temporal se resuelven apelando al viejo brocardo según el cual lo que es nulo no produce efectos. El binomio inconstitucionalidad/nulidad no obliga a eliminar todo vestigio de eficacia de la disposición. Como ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar³, la dificultad estriba en que estos retazos de vida se mueven con frecuencia en una zona de incertidumbre o de sombra más o menos acentuada según el Tribunal Constitucional haya precisado con mayor o menor cuidado el alcance retroactivo de su sentencia o haya ofrecido al intérprete los criterios para hacerlo.

Ante sentencias como las que en 2016 declararon inconstitucionales las tres leyes civiles valencianas sobre distintos aspectos relativos a las relaciones familiares -entre ellas, la STC 82/2016, de la que me ocupo en estas páginas-, el análisis no debe limitarse tan solo a las razones y a la virtud o no de la declaración de inconstitucionalidad. Hay otros asuntos prácticos, que son los que pueden llegar a los despachos profesionales, que deben ser aclarados y a los que se ha prestado, en general, menos atención⁴. Son estas cuestiones las que de modo directo afectan a los

² STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82), sobre la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. A esta sentencia siguieron la STC 110/2016, de 9 de junio 2016 (RTC 2016/110), acerca de la Ley 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana; y la STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016/192), relativa a la ley 5/2011 de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

³ MAS BADÍA, M^a. D.: “El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, cit., p. 319.

⁴ Tuve ocasión de detenerme en ellos en MAS BADÍA, M^a. D.: “Luces y sombras de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad”, cit.; y “El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, cit., pp. 317-386. Vid. también DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en material de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.

ciudadanos en sus relaciones personales y patrimoniales. Es necesario determinar en qué medida la declaración de inconstitucionalidad priva de eficacia hacia el pasado a la ley o incluso si admite cierto grado de ultractividad. Dicho de otro modo, si las situaciones que nacieron al amparo de la vigencia de la disposición antes de ser declarada inconstitucional se rigen y hasta qué punto por ella. Algunas de estas situaciones pueden haber agotado ya sus efectos cuando se publica la sentencia; otras pueden seguir generándolos más allá de tal momento.

II. RETAZOS DE VIDA DE LA LREMV

1. Presupuestos preliminares: el Fundamento Jurídico 8 de la STC 82/2016

Si quisiéramos condensar la esencia de la Ley 10/2007, de 20 de marzo⁵ (modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre⁶) en tres notas, podríamos decir, primero, que intentó, con mejor o peor fortuna, ofrecer una regulación completa y sistemática de los aspectos que integran el régimen económico del matrimonio; en segundo lugar, que su aportación más novedosa, a efectos prácticos, fue la introducción de la separación de bienes como régimen legal supletorio en lugar de la sociedad de gananciales; y, por último, que el cambio se implantó con normalidad en la sociedad valenciana.

La STC 82/2016 declaró inconstitucional y nula la totalidad de la Ley. Es cierto que consideró el recurso extemporáneo respecto de un bloque importante de artículos (la sentencia explica con detalle las razones), pero falló igualmente su inconstitucionalidad por conexión o consecuencia (cfr. art. 39 LOTC), al entender que la vulneración competencial concurría en todas las disposiciones contenidas en la Ley.

Como es frecuente en la práctica del Tribunal Constitucional, la sentencia dedica el último de sus fundamentos, el FJ 8, a precisar el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad. En él encontramos una afirmación que, inspirada en el principio de seguridad jurídica, se ha convertido en un lugar común en muchas de las sentencias con pronunciamiento de inconstitucionalidad: dice que “no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas”. Sin embargo, no aclara lo que deben considerarse situaciones consolidadas en este caso.

Establecida la conclusión, el Tribunal Constitucional expone sus argumentos. Entiende “que, si durante la vigencia de la LREMV que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquella establece”. Esto es, los matrimonios sujetos a la Ley valenciana que no capitularon para establecer otra cosa, mantienen la separación de bienes, no pasan automáticamente al régimen de

⁵ DOCV núm. 5475, de 22.05.2007 y BOE núm. 95, de 20.04.2007.

⁶ DOCV núm. 6141, de 10.11.2009 y BOE núm. 301, de 15.12.2009.

gananciales; pero no en virtud de la fuerza vinculante de una ley declarada nula por inconstitucional, sino como consecuencia del ejercicio de su autonomía privada, pues su voluntad de quedar sujetos al régimen de separación de bienes se deduce del hecho de no haber otorgado capitulaciones pudiendo hacerlo (después veremos qué juicio -ya avanzo que negativo- merece este argumento). Seguidamente, el Tribunal Constitucional abunda en la idea, insistiendo en la prevalencia de la autonomía privada en una materia, el Derecho Civil, en la que -dice- solo subsidiariamente entra en juego la norma legal.

A modo de recapitulación, el FJ 8 finaliza: “Por tal motivo, rigiendo en esta materia el principio capitular y siendo respetuoso con las libertades individuales, tras la publicación de esta Sentencia, seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones. Por lo demás, la declaración de nulidad de la LREMV no ha de afectar a las relaciones de los cónyuges con los terceros que, en todo caso, se regirán por el régimen matrimonial vigente en cada momento”.

En este último párrafo la fórmula utilizada -obsérvese- no hace referencia expresa al régimen legal supletorio -en la ley valenciana, la separación de bienes-, sino que es más amplia: alude al régimen económico matrimonial que hubiera gobernado las relaciones de los cónyuges y de estos con terceros para afirmar su continuidad. Ello puede dar pie, en teoría, a dos posibles interpretaciones:

Cabe entender, en primer lugar, que el TC piensa en el régimen concreto que puede ser elegido por los cónyuges (separación de bienes, gananciales, germanía u otro) y en cuyo defecto se aplica el legal.

O, por el contrario, en un sentido más amplio, podría considerarse que la expresión abarca el conjunto de todas las normas que rigen los aspectos económicos del matrimonio, integrado por ese régimen concreto, acerca del que hay amplísima libertad de pacto, más el bloque de normas comunes aplicables a todos los matrimonios por igual, con independencia de que se rijan por la separación de bienes, germanía, gananciales, etc. (el denominado en el foro, con cuestionable terminología, “régimen económico matrimonial primario”). Desde este momento conviene subrayar que tales normas comunes, en principio, no son disponibles por las partes, sino que quedan al margen de su autonomía privada.

En mi opinión, existen datos en los que sustentan que el Tribunal Constitucional se expresa en el primero de los sentidos sugeridos: sigue hablando del principio capitular y del respeto de la libertad de los cónyuges, lo que tiene sentido respecto de la elección del régimen de separación de bienes, gananciales u otro, pero no en relación con las normas comunes básicas que se aplican imperativamente. Y afirma que seguirán rigiéndose por el mismo régimen salvo voluntad diferente manifestada en capitulaciones matrimoniales lo que, de nuevo, sólo puede aludir a lo primero. Ahora bien, aunque se interprete que las determinaciones de la sentencia sobre el alcance temporal de la nulidad se refieren a la separación de bienes como régimen

legal y no a las normas básicas comunes a todos los matrimonios esto no significa que no puedan suscitarse dudas y problemas en relación con el alcance de la sentencia sobre estas últimas. Lo que significa es que el TC no ha ofrecido información al respecto. Lo que complica la labor del intérprete.

Con base en los presupuestos anteriores, analizaré a continuación algunas de las principales cuestiones que se suscitan en relación con el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de la LREMV.

2. La persistencia de la sujeción al régimen de separación de bienes

Hay acuerdo en que, a partir de la STC 82/2016, deben distinguir tres supuestos cronológicamente delimitados, siempre con referencia a matrimonios sujetos, en virtud de los arts. 9, 14 y 16 CC, al Derecho civil valenciano: 1) matrimonios anteriores a la entrada en vigor de la LREMV (01.07.2008); 2) matrimonios celebrados desde la entrada en vigor de la LREMV hasta el día siguiente a la publicación de la STC 82/2016, de 28 de abril en el BOE, el 31.05.2016⁷; y 3) matrimonios contraídos a partir del 01.06.2016.

Los primeros y los terceros no estaban ni estarán sujetos a la LREMV. Son los segundos los que plantean problemas. En relación con ellos, puede establecerse las siguientes conclusiones:

1) Conforme con la STC 82/2016 seguirán sometidos al régimen de separación de bienes si no pactaron otro distinto, o al que hubieran convenido en capitulaciones matrimoniales⁸, sin perjuicio de poder alterarlo en el futuro a través de las oportunas capitulaciones.

2) Este régimen de separación de bienes al que, en su caso, seguirán sujetos los cónyuges no es el del Código Civil -salvo que en su momento los cónyuges lo indicaran así de modo expreso en unas eventuales capitulaciones⁹- sino la separación de bienes diseñada por la LREMV. Ello es así por cuanto se trata de mantener la situación consolidada originada bajo la vigencia de la Ley declarada inconstitucional y nula. Y esta situación consistía en la aplicación de la separación de bienes valenciana como régimen legal supletorio. Sea como sea, las diferencias entre el régimen de separación del Derecho Común y el que regula la LREMV son mínimas.

⁷ Cfr. arts. 38.1 y 39.1 LOTC.

⁸ Si excluyeron la separación de bienes sin pactar otro régimen, como la LREMV no fijaba régimen legal supletorio de segundo grado, regiría el de gananciales por aplicación del Código Civil como Derecho supletorio.

⁹ Vigente la LREMV, algunos Abogados y Notarios sugerían a sus clientes que otorgaran capitulaciones para pactar separación de bienes en previsión de una eventual declaración de inconstitucionalidad de la Ley y de la incertidumbre acerca de sus consecuencias. Algunos jueces encargados del Registro Civil se negaban a indicar estas capitulaciones, por entender que no cabía otorgarlas para pactar el mismo régimen que establecía la ley como legal supletorio. En cualquier caso, si en esas capitulaciones se estipuló la separación de bienes del Código Civil a ella habrá que estar.

Una de ellas se localiza en el art. 46, segundo inciso LREMV, sobre atribución de bienes muebles de uso personal o destinados directamente al desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges, que no sean de extraordinario valor teniendo en cuenta las circunstancias económicas del cónyuge usuario, cuando no se pueda acreditar a cuál de los dos pertenecen. La norma establece que se presumirá que pertenecen al cónyuge usuario. En segundo lugar, el derecho a una compensación por el trabajo para la casa no se contiene, en la Ley valenciana, en sede de separación de bienes, sino entre las normas comunes a todos los matrimonios (art.13, en relación con el 12, ambos de la LREMV) y su tenor es algo diferente al del art. 1438 CC.

Algunos Notarios, recién publicada la STC 82/2016 aconsejaron a aquellos clientes afectados, que capitulasen para aclarar si el régimen de separación de bienes que se les aplicaba era el del Código Civil o el de la LREMV. En mi opinión, unas eventuales capitulaciones “aclaratorias”, no serían tales, pues el régimen se aplicó como legal supletorio y no en virtud de capitulaciones anteriores cuya interpretación se pretenda clarificar ahora. Si los consortes capitulan tras la STC 82/2016 para declarar que quieren la separación de bienes del Código Civil estaremos ante unas capitulaciones modificativas, que deben entenderse sin perjuicio de tercero (art. 1317 CC).

3) La STC 82/2016 sustenta la continuidad del régimen de separación de bienes de los matrimonios valencianos concertados vigente la LREMV que no pactaron otro distinto en el principio de libertad o de autonomía privada, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior. Este argumento resulta cuestionable. El régimen legal supletorio, sea el que sea, no se aplica por ser el que tácita o presuntamente han elegido los cónyuges, sino por la necesidad de que exista un régimen económico en su matrimonio unida a determinada jerarquía de fuentes reguladoras: primero, la autonomía privada y, en su defecto, la ley. La norma que establece el régimen legal supletorio, basada en una opción de política legislativa, es una norma dispositiva que opera en defecto de pacto y con independencia de cuál sea la preferencia no manifestada de los cónyuges¹⁰. El argumento que debería haberse utilizado y que hubiera bastado para llegar a la misma conclusión es el relativo al principio de seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 CE), que conduce al respeto de las situaciones consolidadas. Esta vía de argumentación hubiera resultado coherente con la doctrina que en las últimas décadas ha desarrollado el Tribunal Constitucional al precisar el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y que he analizado en profundidad en otro trabajo¹¹.

¹⁰ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Alto al derecho civil valenciano”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016, pp. 1-4, califica el argumento de falso, pues “desconoce cuál es el valor del derecho supletorio, cuya aplicación no viene respaldada necesariamente por la voluntad de los particulares, es decir, de las partes, frecuentemente ignorantes del contenido del mismo, sino por la solución que el legislador considera preferible, basada en la ponderación de intereses que el mismo realiza, sin perjuicio de que deje abierta la posibilidad de un margen de ejercicio de la autonomía privada en base a la voluntad de las partes”.

¹¹ Sobre los argumentos que maneja el TC para matizar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales, véase MAS BADÍA, M^a. D.: “El alcance temporal de la

3. Los efectos sobre el llamado régimen económico matrimonial primario

El FJ 8 de la STC 82/2016 se centra en la persistencia del régimen de separación de bienes. Sin embargo, los problemas relativos al alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de la LREMV no acaban aquí. La seguridad jurídica exige precisar, p. e., qué sucede con las normas contenidas en los Capítulos I, II y III LREMV –relativos a las disposiciones generales, el levantamiento de las cargas del matrimonio y la disposición de la vivienda habitual de la familia, respectivamente–. Son normas aplicables a todos los matrimonios, imperativas salvo matices y por tanto excluidas de la libre disponibilidad de las partes. Además, presentan ciertas diferencias significativas con el régimen del Código civil.

Algunos ejemplos bastarán para subrayar las repercusiones prácticas de la cuestión. Pensemos en un matrimonio concertado entre el 1 de julio de 2008 y el 1 de junio de 2016 con sujeción al Derecho valenciano. ¿Qué sucederá si el día de mañana uno de los cónyuges, propietario de la vivienda habitual, la enajena a un tercero sin contar con el asentimiento de su consorte? ¿Podrá este, como señalaba el art. 18 LREMV, exigir judicialmente que las cantidades obtenidas por el cónyuge que dispuso del inmueble sin su consentimiento se destinen a la adquisición de una vivienda habitual suficiente para la familia y de características análogas a la dispuesta? –el CC no reconoce este derecho –. Y si en un futuro uno de los cónyuges pide una compensación económica por el trabajo realizado para la casa, ¿deberán aplicarse las reglas de los arts. 12 a 15 LREMV? El derecho de predetracción del ajuar doméstico, ¿se regirá por el Código Civil o por la Ley 10/2007? Son solo algunas muestras del tipo de cuestiones que pueden suscitarse.

Para formular una respuesta es necesario determinar si los matrimonios valencianos celebrados vigente la LREMV siguen sujetos al bloque de normas comunes conocidas como régimen económico matrimonial primario de esta Ley o a sus equivalentes en el Código Civil. Si se concluye lo primero, habrá que sustentarlo en argumentos distintos al de la autonomía privada, manejado por el Tribunal Constitucional en relación con la separación de bienes, porque estamos hablando de normas imperativas, excluidas del poder de disposición de las partes, salvo en algunos extremos. Por tanto, respecto del llamado régimen económico matrimonial primario, vano es decir que del hecho de no haber realizado los cónyuges capitulaciones matrimoniales mientras estaba vigente la LREMV se deduce su voluntad de regirse por estas normas y de ahí extraer conclusiones, pues esta voluntad en relación con la aplicación de las mismas era, salvo algún matiz, irrelevante, por tratarse de disposiciones cuya aplicación, en general, no podrían haber excluido los cónyuges aunque hubieran querido.

Las claves que nos pueden dar la solución son otras. El lugar donde hallarlas, la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, en las últimas décadas, en relación con el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las

declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, cit., pp. 317-386.

leyes¹². De esta doctrina resulta que la resistencia de las situaciones consolidadas a verse afectadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley bajo cuyo amparo nacieron encuentra un apoyo directo en el principio de seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 CE, en relación con el art. 40.1 LOTC interpretado de forma flexible por el TC). Se trata de un principio general con fuerza suficiente para justificar matices en la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad. A este argumento podría añadirse, con referencia a la materia objeto de estudio, el de la consideración del régimen económico del matrimonio en la LREMV como un sistema unitario y coherente.

Con estos mimbres hay que determinar qué situaciones en concreto se entienden consolidadas a efectos de su mantenimiento, lo que solo puede hacerse de forma casuística, a la vista de los intereses en juego y de los principios jurídicos involucrados. Es imposible reducir la solución de este tipo de problemas a una fórmula absoluta. Lo que sí que cabe es decantar, a partir de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, unos principios rectores interpretativos que guíen la solución de los casos que se vayan planteando, sin perjuicio de efectuar una valoración ponderada en atención a las circunstancias que concurren en cada uno de ellos.

Puede ser útil recordar que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación flexible del art. 40.1 LOTC, entendiendo de modo reiterado que no solo deben respetarse las situaciones amparadas por sentencia firme (cosa juzgada en sentido estricto), sino también las situaciones administrativas firmes. Hay que tener en cuenta que las sentencias en que se introdujo y fue asentando esta doctrina, se referían mayoritariamente a situaciones consolidadas de índole administrativa o fiscal. Sin embargo, en mi opinión, cabe defender en el ámbito del Derecho privado el respeto de “situaciones consolidadas” aunque no quepa calificarlas de “situaciones administrativas firmes”. El argumento para justificar esta conclusión es doble:

- 1) En primer lugar, el mismo principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en que se sustenta el mantenimiento de las situaciones administrativas firmes.
- 2) En segundo lugar, el art. 2.3 CC, en cuanto establece la regla general de irretroactividad de las leyes, y las Disposiciones Transitorias del propio Código Civil, que dejan a salvo los derechos adquiridos bajo la legislación anterior¹³. Al fin y al

¹² El lector interesado puede encontrar un estudio en profundidad de esta doctrina en MAS BADÍA, M^a. D.: “El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, cit., pp. 317-386.

¹³ Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2013, pp. 1-39, en relación con la STC 93/2013, para quien, ante la carencia en aquella de un régimen transitorio reconocido, habrá que acudir a las reglas que comúnmente se han venido aceptando como aplicables a estos casos: las previstas como régimen de Derecho transitorio en el Código Civil. Como señala DÍAZ AZNARTE, M. T.: *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 116, en las reglas de Derecho transitorio incluidas en el Código Civil

cabo, se trata de determinar cómo afecta el cambio a los hechos, actos y situaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de la ley, bien derogada, bien declarada inconstitucional¹⁴. En última instancia la cuestión desemboca en un problema de sucesión de normas en el tiempo para cuya solución puede resultar útil la distinción entre retroactividad de grado máximo, medio y mínimo¹⁵. En la medida en que el Tribunal Constitucional no se pronuncie con la suficiente precisión sobre el alcance respecto del pasado y pro futuro del fallo de inconstitucionalidad, será el intérprete el que tendrá que resolver en cada caso atendiendo -como decía- a las circunstancias que concurran.

Llegados a este punto, podemos fijar de nuevo la vista en las normas del régimen económico matrimonial primario de la LREMV y en las hipótesis que, a modo de ejemplo, planteaba al principio de este epígrafe.

Creo que puede afirmarse con bastante seguridad que habrán de respetarse aquellas prestaciones ya satisfechas o derechos ya ejercitados cuando se declara inconstitucional la LREMV: p. e., la prestación por compensación del trabajo para la casa o la reinversión del precio obtenido por la disposición inconstitucional de la vivienda habitual o el derecho de predetracción ya aplicado. Y todos aquellos derechos/obligaciones reconocidos por sentencia firme o respecto de los que quepa hablar de situación administrativa firme (también la LREMV tenía, p. e., implicaciones fiscales). En suma: efectos ya consumados cuando se publica en el BOE la sentencia de inconstitucionalidad. Más dudosa puede resultar la solución en relación con aquellos derechos que nacen al cumplirse unos requisitos que se dieron antes de que se declarase la Ley inconstitucional, pero que aún no se han reclamado o sobre los que se halle pendiente un litigio o se estén tramitando administrativamente: p. e. si los cónyuges se divorcian antes de publicarse la sentencia 82/2016, ¿pueden pedir prestación por contribución al trabajo para la casa según la ley valenciana? O si se vendió la casa antes de publicarse aquella sentencia,

se contienen una serie de criterios generales que podrían servir de orientación general de cara a la resolución de conflictos de normas en el tiempo. Sobre el complejo concepto de “derecho adquirido” en la Regla Transitoria Preliminar del Código Civil, véase COLINA GAREA, R.: “Comentario a las disposiciones transitorias”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil* (t. IX, pp. 13383-13469), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 13388 y ss.

¹⁴ Así lo ha entendido EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: op. cit., p. 31, con referencia a la declaración parcial de inconstitucionalidad de la Ley Navarra sobre parejas de hecho.

¹⁵ Sobre esta distinción, véase de CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 648-649; SUÁREZ COLLÍA, J. M^a.: *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, ACTAS, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al artículo 2 CC”, en PAZ-ARES, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 13 y ss.; COCA PAYERAS, M.: “Comentario al artículo 2 CC”, en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol.1, EDERSA, Madrid, 1992, pp. 415 y ss.; VERDERA IZQUIERDO, B.: *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 85 y ss.; GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Comentario al artículo 2 CC”, en DOMÍNGUEZ, A. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 51 y ss.; o COLINA GAREA, R.: “Comentario al artículo 2 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 100-114.

¿puede pedirse la reinversión regulada en el art. 18 LREMV? Finalmente, parece también bastante seguro, que, si no se dieron los requisitos de los que depende el efectivo nacimiento del derecho antes de publicarse la sentencia de inconstitucionalidad, estaríamos ante meras expectativas y no situaciones consolidadas a respetar. De todos modos, sigue existiendo un factor que genera cierta incomodidad a la hora de afirmar con rotundidad esta última conclusión: si el régimen económico matrimonial concreto y las normas básicas comunes en la LREMV formaban un sistema unitario y coherente, ¿tiene sentido afirmar la continuidad de la separación de bienes de la LREMV para los cónyuges que entraron a regirse por ella conjugado pro futuro con un régimen económico matrimonial primario parcialmente diferente, como es el del Código Civil?

4. Las germanías pactadas vigente la LREMV

La germanía, regulada en el Título II de la LREMV (arts. 38 a 43) admitía dos modalidades: podía, en teoría, constituir un régimen económico matrimonial propiamente dicho (no me consta que llegara a pactarse ninguno en la práctica), o bien suponía una mera situación de mancomunidad a la que quedan sujetos determinados bienes en el marco de una separación de bienes. En ambos casos su origen era siempre paccionado; nunca operaba como régimen legal supletorio, ni de primer ni de segundo grado. Por tanto, esta figura se encuentra amparada por la libertad de pactos, que también reconoce el Código Civil (de hecho, podría haberse pactado perfectamente y ser válida con base en este). Aquí sí que es el pacto, que respete los límites genéricos de la autonomía privada, el que le da cobertura. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad de la ley no afecte a la persistencia de las germanías estipuladas. Problema distinto es que al haberse declarado nula la LREMV nos encontremos ante una ordenación falta de dinamismo, lo que se agrava teniendo en cuenta las graves lagunas y deficiencias de la regulación de la germanía en la LREMV (basta pensar en la figura de la “germanía continuada” o en el peculiar sistema de liquidación de la misma)¹⁶. Sea como sea, si los cónyuges pueden, dentro del marco de la autonomía privada, adoptar como régimen económico de su matrimonio el de un ordenamiento extranjero o el de otro Derecho autonómico o incluso diseñar a la carta el suyo propio (aunque este supuesto sea más bien de laboratorio), pueden pactar una germanía que se rija por las normas pergeñadas por una ley derogada o, como en este caso, por una ley declarada inconstitucional siempre que lo sea, como es el caso de la LREMV, no por razón de su contenido sino por falta de competencia. Aunque el contenido normativo es el que se contienen en esta ley, su fuerza normativa no nace de la misma sino del convenio: se trata de una autorregulación de las partes, aunque el contenido de la misma queda determinado, indirectamente, por remisión a una ley que ya no está en vigor.

¹⁶ Sobre estas lagunas y deficiencias, puede atenderse a MAS BADÍA, M^a. D.: “La germanía”, en MAS BADÍA, M^a. D. (coord.): *El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 273-388.

III. CONCLUSIÓN GENERAL

En 2016, el Tribunal Constitucional dictó tres sentencias en las que declaró inconstitucionales las leyes civiles valencianas que regulaban algunos aspectos básicos de las relaciones familiares; tres leyes que habían funcionado desde hace años con absoluta normalidad y buena acogida en la sociedad valenciana: STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82), sobre la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; STC 110/2016, de 9 de junio 2016 (RTC 2016/110), acerca de la Ley 5/2012, de 15 octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana; y STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016/192), relativa a la ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En todas ellas, el Tribunal Constitucional fue consciente de que se suscitarían problema relativos al grado de retroactividad o irretroactividad de sus pronunciamientos y se manifestó sobre la cuestión de modo expreso. Pero lo hizo, con algunas excepciones, en términos muy genéricos, dejando en manos del intérprete la aplicación de unas vagas directrices a los problemas concretos que, sin duda, llegarán a los despachos profesionales y quizá a los Tribunales. Problemas de Derecho privado, que afectan tanto a la esfera personal como patrimonial de los particulares. Descender de los principios (la declaración de respeto de las situaciones jurídicas consolidadas con base en la seguridad jurídica) a la solución del caso concreto requiere un esfuerzo especial del intérprete, que valore debidamente los intereses en juego y los principios jurídicos involucrados. Es pues necesario, en los debates doctrinales que suscitan estas sentencias, ir más allá de la cuestión competencial, por importante que esta sea, y atender también a la solución de los problemas prácticos ligados a la retroactividad o irretroactividad del pronunciamiento de inconstitucionalidad.

En materia civil resulta muchas veces conveniente la ampliación de las situaciones consolidadas que deben quedar a salvo de los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad más allá de las amparadas por la cosa juzgada o las situaciones administrativas firmes. Esta ampliación puede sustentarse en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); la posibilidad de interpretar de modo flexible el art. 40.1 LOTC; e incluso el art. 2.3 CC, en cuanto establece la regla general de irretroactividad de las leyes y las DDTT del propio Código Civil, que dejan a salvo los derechos adquiridos bajo la legislación anterior.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Alto al derecho civil valenciano”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016.

CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

COCA PAYERAS, M.: “Comentario al artículo 2 CC”, en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol.1, Madrid, 1992.

COLINA GAREA, R.:

- “Comentario a las disposiciones transitorias”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil* (t. IX, pp. 13383-13469), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

- “Comentario al artículo 2 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código civil*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en material de familia?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017.

DÍAZ AZNARTE, M. T.: *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/2003, de 23 de abril de 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2013.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Comentario al artículo 2 CC”, en DOMÍNGUEZ, A. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MAS BADÍA, M^a. D.:

- “El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017.

- “La germanía”, en MAS BADÍA, M^a. D. (coord.): *El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana*, Tecnos, Madrid, 2010.

- “Luces y sombras de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano tras su declaración de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 20, 2016.

SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al artículo 2 CC”, en PAZ-ARES, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SUÁREZ COLLÍA, J. M^a.: *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, ACTAS, Madrid, 1991.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 200



LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LOS HIJOS MENORES DE DIFERENTES RELACIONES *

*ATTRIBUTING THE USE OF THE FAMILY HOME TO MINOR CHILDREN FROM
DIFFERENT RELATIONSHIPS*

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga

mdsanchez@uma.es

RESUMEN: En materia de atribución del uso de la vivienda familiar se erigen como criterios predominantes, por un lado, el interés superior del menor afectado por la situación; y, por otro, la necesidad de tener una vivienda adecuada. Ambos aparecen de forma reiterada en los últimos pronunciamientos judiciales que pueden ser objeto de estudio. La adaptación progresiva a las necesidades sociales demostrada por parte del art. 96 C.c., no otorga cobertura, salvo por vía de analogía, a la disputa por la atribución del uso en los supuestos de hijos menores de diferentes relaciones, es decir, comunes y no comunes, lo que pone una vez más de manifiesto su ineludible cambio legislativo que le permitiría adaptarse a las nuevas realidades.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; menores; familias reconstituidas.

ABSTRACT: In terms of the attribution of the use of family housing, the best interests of the child affected by the situation and the need for adequate housing are predominant criteria. Both appear repeatedly in recent judicial decisions that may be the subject of study. The progressive adaptation to social needs demonstrated by art. 96 C.c., does not provide coverage, except by way of analogy, to the dispute over the attribution of use in the cases of minor children of different relationships, that is, common and uncommon, which once again highlights its inevitable legislative change that would allow it to adapt to the new realities.

KEY WORDS: Family home; children; reconstituted families.

FECHA DE ENTREGA: 25/05/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de referencia DER2015-67512-P, titulado "La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional", financiado durante tres anualidades desde 1 de enero de 2016 del que soy investigadora principal y del Proyecto financiado en el marco de las Acciones de dinamización "Redes de Excelencia" del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER 2016-81752-REDIT, "Justicia Civil: Análisis y prospectiva" del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, del que es Investigadora Principal Carmen Senés Motilla.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REALIDAD LEGAL.- III. PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN NO CUSTODIO.- IV. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL CASO.- V. SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN CUSTODIO DE DOS DE ELLAS.- VI. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL SUPUESTO.- VII. INTERESES EN CONFLICTO.- VIII. UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA Y DIFERENCIAS APRECIABLES.- IX. HIJOS DE DIFERENTES RELACIONES, VIVIENDA Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.- X. RECAPITULACIÓN A EFECTOS DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia en la actualidad se encuentra basado en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que tiende de forma progresiva a inmiscuirse lo menos posible entre los miembros de la pareja incluso en los supuestos de crisis, siempre que sean respetados los límites y principios que informan este sector del Derecho Civil.

Entre las cuestiones más controvertidas que se plantean como consecuencia de la crisis de una pareja se encuentra la atribución del uso de la vivienda familiar. En estos casos, de forma habitual, la economía de la antes pareja se ve perjudicada pues la separación conlleva el mantenimiento de dos viviendas, en el mejor de los casos, en función del régimen de guarda y custodia que sea establecido.

Como bien sabemos, en materia de atribución del uso de la vivienda familiar¹ se erigen de forma habitual como criterios predominantes, por un lado, el interés superior del menor afectado por la situación²; y, por otro, la necesidad de tener una vivienda adecuada o digna. Ambos aparecen de forma reiterada en los últimos pronunciamientos judiciales que pueden ser objeto de estudio.

No obstante, la adaptación progresiva a las necesidades sociales que ha sido demostrada por parte del art. 96 C.c., no otorga cobertura, salvo por vía de analogía, a la disputa por la atribución de la vivienda en los supuestos de hijos menores de diferentes relaciones, es decir, comunes y no comunes. Esta situación pone una vez

¹ Sobre el concepto de vivienda familiar, Sentencias TS 31 diciembre 1994 (RJ 10330, 1994) y 16 diciembre 1996 (RJ 9020, 1996).

² Sentencias TS 25 abril 2011 (Tol 2125260) y 31 enero 2013 (Tol 3020982). Sentencia TEDH 30 noviembre 2011, caso P.V. contra España (Tol 2647876).

más de manifiesto, su ineludible y necesario cambio legislativo lo que le permitiría adaptarse a las nuevas realidades en torno a las formas de familia que tantas transformaciones ha experimentado³.

Se plantea pues el análisis de dos casos en los que, existiendo descendencia con derecho al uso de la vivienda familiar, concurre la circunstancia de que proceden de diferentes relaciones, lo que verifica la inobservancia de esta situación por parte del Código Civil y la inaplicabilidad del régimen previsto en el art. 96.1 del citado cuerpo legal, pues no cabe adjudicar la vivienda a quien ostenta la guarda y custodia del menor común. Ante esta imposibilidad y como se puede comprobar se recurre a la aplicación analógica del art. 96.2 C.c. Ambos supuestos únicamente difieren en cuanto al régimen de atribución de la guarda y custodia, respecto de los hijos no comunes y nacidos de una previa relación, lo que ayuda, por otra parte, a perfilar precisamente los criterios de atribución del uso de la vivienda ante el supuesto general de crisis de parejas reconstituidas establecidos en la actualidad por la jurisprudencia, cuando existen hijos menores nacidos de diferentes relaciones con un progenitor común.

II. REALIDAD LEGAL

El Código Civil, como es sabido, contempla distintos supuestos en materia de atribución del uso de la vivienda familiar, que deben ser adaptados a los diferentes modelos de familia existentes en la actualidad, en los que también este tema es fuente de conflicto.

La situación más fácil se presenta cuando, ante la crisis, la pareja llega a un acuerdo en torno a quién se atribuye el uso a partir de ese momento de la considerada como vivienda familiar⁴. El pacto de los progenitores debe ser examinado por el Juez para evitar un posible perjuicio a los menores. Por lo tanto, existiendo acuerdo, los progenitores deciden el lugar en el que van a vivir sus hijos a partir de ese momento, pudiendo no ser, incluso, el considerado hasta esas fechas como domicilio familiar,

³ Vid. al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, noviembre 2015, pp. 9-43; “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, *Familia y sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 99, 2012, pp. 15-23; PINTO ANDRADE, C.: La atribución del uso de la vivienda familiar, Bosch, Barcelona 2011, p. 66; ALGABA ROS, S.: La atribución del uso de la vivienda familiar y los hijos. Déficit y retos en la interpretación del art. 96 del C.c., *Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Miquel González*, Díez-Picazo (Coord.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2014, pp. 223-240; ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016, pp. 111-151; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”, *InDret*, enero 2016, pp. 1-57.

⁴ Cuando existe acuerdo entre los miembros de la expareja y en, su caso, progenitores, sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, se le otorga validez y eficacia incluso cuando se procede a la venta del inmueble o se adjudica al no custodio la vivienda aun existiendo hijos menores. Vid. al respecto, PINTO ANDRADE, C.: “La atribución”, *cit.*, p. 53.

siempre que ello no atente al interés de los menores afectados.

Cuando no existe el referido acuerdo la situación se complica y entonces procede la aplicación del tan cuestionado art. 96 C.c. En principio, atendiendo a su tenor literal ante la ausencia de acuerdo aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, es decir, a quien se otorgue la guarda y custodia de los menores de forma exclusiva (art. 96.1 C.c.).

Por otro lado, cuando algunos de los hijos quedan en la compañía de distintos progenitores, el “Juez resolverá lo procedente”, es decir, valorará las circunstancias del caso y las necesidades de los hijos tras la ruptura para la atribución del uso de la vivienda familiar⁵. Cabe precisar que cuando el Código Civil se refiere a los “hijos menores”, se trata de hijos comunes a ambos progenitores⁶. En consecuencia y, conforme a lo establecido en el art. 96.2 C.c., se deja en manos del Juez la decisión en torno a lo que estime mejor, atendiendo al interés de los hijos y las circunstancias concurrentes. Cuando se trata de hijos nacidos de diferentes relaciones, si bien el art. 96.2 C.c. se refiere, en principio, como se ha dicho a hijos comunes cabría su aplicación analógica para otorgar cobertura a los hijos no comunes, siendo el Juez el que resuelve lo procedente, según el perfil de la situación conflictiva surgida en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Por último, no habiendo hijos podrá acordarse que el uso de dichos bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección (art. 96.3 C.c.)⁷.

III. PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN NO CUSTODIO

El problema planteado en la STS 17 de octubre de 2017⁸, gira en torno a la

⁵ Como ha manifestado LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C.: La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid 2012, pp. 81-82, el Juez procederá a atribuir el uso de la vivienda al “subgrupo familiar” que, tras la ponderación de las circunstancias del caso, considere más necesitado de protección. Por su parte, GIL MEMBRADO, C.: La vivienda familiar, Reus, Madrid 2013, p. 149, estima que en estos casos deberá primar el “interés de la familia globalmente considerada”.

⁶ PINTO ANDRADE, C.: “La atribución”, cit., p. 56.

⁷ Sobre el particular, vid. entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución”, cit., p. 20; PINTO ANDRADE, C.: “La atribución” cit., p. 75; ALGABA ROS, S.: “La atribución” cit., p. 237; ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución”, cit., pp. 16-17; VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio”, cit., pp. 19-22; SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 10-11; LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C.: “La atribución”, cit., pp. 85-97.

⁸ RJ 4528, 2017.

atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de relaciones diferentes del padre y el régimen de guarda y custodia es atribuida respecto de ambas menores a sus respectivas madres. Producida la crisis de la pareja de hecho de cuya convivencia había resultado el nacimiento de una hija (Zaira), la madre solicita en el proceso sobre adopción de medidas definitivas sobre guarda y custodia y alimentos, la guarda y custodia exclusiva de la menor, régimen de visitas a favor del padre y la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, durante los aproximadamente ocho años que había durado la relación. En este domicilio había convivido también, durante los periodos en los que le correspondía al padre ejercer su derecho de visita, otra hija que éste había tenido de una relación anterior (Victoria), la cual mantiene una estrecha relación tanto con su hermana Zaira, como con la madre de ésta, situación que no se produce, como luego se puede comprobar, en el siguiente supuesto objeto de análisis.

El padre procede a la contestación de la demanda oponiéndose al régimen de visitas propuesto, solicitando la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida, un régimen de visitas a su favor más amplio, una pensión de alimentos a su cargo y en favor de su hija de 150 euros, más la mitad de los gastos extraordinarios, no procediendo la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la hija común y el progenitor custodio (la madre).

El Juez de Primera Instancia dicta sentencia en la que estima parcialmente la demanda de guarda y custodia instada por la madre y contra la que el padre interpuso recurso de apelación, siendo estimado por la Audiencia Provincial que lo revoca parcialmente para no atribuir el uso de la vivienda familiar a la hija menor común (Zaira) y a la madre como progenitor custodio, pues se trata del domicilio del padre en el que vive con otra hija (Victoria), habida de una relación anterior y Zaira, cuando ejercita su derecho de visita sobre ambas.

Frente a esta sentencia la madre interpone recurso de casación, basándose en la violación del art. 96 C.c., por no haber sido atribuida la vivienda familiar a la hija menor (Zaira) y al progenitor bajo cuya custodia había quedado. El TS decide admitir el recurso dando traslado al progenitor no custodio quien presenta escrito de impugnación.

IV. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL CASO

En principio, cabe discutir la procedencia o no de la aplicación del art. 96.1 C.c., en virtud del cual y, ante la ausencia de acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a la menor (Zaira) y a la madre, por quedar la misma en compañía de ésta. Este régimen de atribución del domicilio familiar es una manifestación del principio del interés del menor que, al parecer, no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el referido

precepto⁹. Con ello, se pretende evitar que, a la separación de los padres que amenaza sin duda el bienestar de la menor, se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones¹⁰.

Sin embargo, en el presente caso objeto de análisis se estima que no se ha producido una violación del art. 96.1 C.c. por las siguientes causas:

1ª. Este precepto no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que además es propiedad de los padres de uno de ellos (el demandado y padre de las dos menores, Victoria y Zaira).

2ª. El desacuerdo entre los progenitores, a efectos de la atribución del derecho de uso del que fuera el domicilio familiar, lleva a la aplicación analógica del art. 96.2 C.c., en virtud del cual, cuando exista una pluralidad de hijos y la custodia sea dividida, se concede normativamente al Juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y a otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable.

3ª. El hecho de que el padre de ambas menores no tenga atribuida la guarda y custodia de ninguna de ellas no es razón suficiente para que la vivienda familiar sea adjudicada a la menor (Zaira), en compañía de su madre y ahora demandante. La razón estriba en que la vivienda objeto de litigio ha constituido la residencia familiar estable de ambas niñas, lugar de encuentro durante amplios periodos, a pesar de no ser propiedad de ninguno de los progenitores, lo que ha permitido una efectiva comunicación entre las hermanas de “vínculo sencillo”, cumpliéndose con ello también una de las indicaciones en las que el Código Civil fundamenta el interés del menor, tal es, procurar “no separar a los hermanos” (art. 92.5 C.c.).

4ª. La existencia de hijas menores nacidas de diferentes relaciones y que han constituido y adoptado, por lo tanto, durante un periodo de tiempo determinado la forma de “familia reconstituida”, no debe dar lugar a que la unión entre ellas pueda quedar desfavorecida por la atribución del uso de la vivienda familiar, en virtud del art. 96.1 C.c., a una en compañía del progenitor custodio. La no atribución en estos términos permite mantener el encuentro y convivencia temporal entre las menores en la vivienda que ha sido de ambas. De ser admitida la atribución a Zaira y su madre se produciría un desplazamiento de la otra hija menor, su hermana, Victoria, siendo además una y otra desfavorecidas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común, lo que se estima contrario al interés familiar preferente y necesitado de mayor protección¹¹, pues provoca un entorpecimiento

⁹ STS 28 noviembre 2014 (RJ 6048, 2014).

¹⁰ STS 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017).

¹¹ Vid. sobre el interés más necesitado de protección, entre otros, ATS 11 abril 2018 (JUR 105277, 2018); ATS 28 junio 2017 (JUR 176330, 2017); ATS 24 mayo 2017 (JUR 134068, 2017); ATS 22 febrero 2017 (JUR 46480, 2017); ATS 16 noviembre 2016 (JUR 249822, 2016); ATS 28 enero 2015 (JUR 39741, 2015) y STS 25 marzo 2015 (RJ 1165, 2015).

del “desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas”¹² en los periodos que pueden disponer para convivir ambas con su progenitor común.

5ª. La vivienda objeto de litigio no tiene el carácter de “familiar”, pues una cosa es el uso que se lleva a cabo de la misma mientras se encuentra vigente la relación y otra cosa distinta es que ese uso permita llegar a calificarla como familiar si no sirve a los fines del matrimonio.

6ª. Las necesidades de vivienda por parte de Zaira y su madre pueden ser satisfechas por la existencia de otra vivienda propiedad de los padres de la demandante, en la cual había vivido hasta iniciar la relación con el padre de la menor, y que resulta ser idónea para satisfacer el interés prevalente de la misma¹³.

7ª. La vivienda objeto de litigio resulta ser propiedad de los padres del demandado y padre de Zaira y Victoria, lo que faculta al Juez para no atribuir su uso, ya que sus propietarios y, en este caso, abuelos de las menores pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, lo que perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir el régimen de atribución de la vivienda.

En consecuencia, los criterios en virtud de los cuales se procede a la no atribución de la vivienda familiar conforme, en principio, a lo establecido en el art. 96. 1 C.c., no aplicable, son los que siguen:

1º. El perjuicio que ello causaría en su otra hija (Victoria), nacida de una relación anterior y por ser el de ésta el interés más necesitado de protección, así como el interés de Zaira en seguir manteniendo una relación y convivencia, tanto con su hermana, como con su progenitor común cuando éste ejercita el derecho de visita respecto de las menores en periodos de tiempo que les permita coincidir.

2º. La que es cuestionada como vivienda familiar, resulta ser propiedad de los padres del demandado (padre de ambas menores).

3º. La madre de Zaira (demandante) y quien reclama la atribución del uso del domicilio familiar dispone de otra vivienda, propiedad familiar, que resulta ser adecuada pues se encuentra en la misma zona, con suficiente dotación de servicios y con posibilidades de cubrir las necesidades de escolarización y social de su hija.

4º. La atribución del uso de la vivienda a Zaira y su madre supondría entorpecer el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ambas. Esto conllevaría un desplazamiento en relación al domicilio de la otra hija Victoria, resultando ambas desfavorecidas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común, y desde mi punto de vista, entre ellas mismas.

¹² STS 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017).

¹³ STS 6 febrero 2018 (RJ 352, 2018).

V. SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: NO ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL PROGENITOR CUSTODIO, ANTE LA EXISTENCIA DE HIJAS HABIDAS DE DIFERENTES RELACIONES DEL PADRE COMÚN CUSTODIO DE DOS DE ELLAS

El problema planteado en la STS 14 de febrero de 2018¹⁴, gira nuevamente en torno a la cuestión de a quién debe ser atribuido el uso del domicilio familiar cuando existen hijos menores de diferentes relaciones. En concreto, tras la crisis de la pareja, la madre solicita en el proceso de juicio de familia para la adopción de medidas paterno filiales, la guarda y custodia exclusiva del menor habido en común de dos años de edad, régimen de visitas a favor del padre, la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo y a ella y una pensión de alimentos que debe satisfacer el padre de 125 euros. Consta, asimismo, lo que será trascendental para con posterioridad plantear la posibilidad de una “convivencia compartida”, que el demandado, expareja y padre del menor, había interpuesto una denuncia previa contra ella por “presuntos malos tratos y amenazas” a él y a su hija mayor, fruto de una relación anterior.

Rechazada la orden de protección solicitada se acuerda la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre con un régimen de visitas de fines de semana alternos sin pernocta hasta que no tenga domicilio conocido, una pensión de alimentos de 125 euros a cargo del padre, pues la madre se encontraba en situación de desempleo cobrando un subsidio de 425 euros, el uso y disfrute de la vivienda familiar y el mantenimiento de la guarda y custodia de las menores de 12 y 11 años de otra relación anterior que el padre tiene a su cargo. Contestada la demanda por el padre que está conforme con todas las medidas solicitadas, plantea la elevación de la pensión de alimentos a 200 euros, pues no procede el otorgamiento a favor del menor y el custodio (art. 96.1 C.c.) del uso y disfrute del hasta ahora domicilio familiar, pues estaba adjudicado con anterioridad a sus dos hijas mayores habidas en una relación anterior y, además, era de su propiedad.

La estimación parcial de la demanda reduce el objeto controvertido a la atribución del uso de la vivienda familiar pues en el fallo es asignada al padre, siendo fijado un plazo de 3 meses para proceder al abandono de la misma por parte de la madre y su hijo menor de dos años. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Santander es desestimado, procediendo la madre a interponer recurso de casación por interés casacional en base a la violación del art. 96 C.c. e infracción de la jurisprudencia del TS sobre el particular.

VI. RÉGIMEN APLICABLE Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUESTIONADA EN EL SUPUESTO

Atendiendo a la situación y ante la falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, en principio, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en

¹⁴ RJ 413, 2018.

ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 C.c.). Se trata pues, como ha sido referido, de un sistema que depende del régimen de custodia establecido tras la crisis de pareja de naturaleza individual, situación que se agrava y no es tan fácil de resolver, como es el caso, cuando existe una sola vivienda por atribuir e hijos de dos relaciones diferentes, que son hermanos de padre, pero cuya guarda y custodia no es atribuida a la misma persona (padre).

Nos encontramos, como en el caso anterior, ante una nueva realidad social como son las crisis de parejas reconstituidas no prevista en nuestro ordenamiento, en la que los problemas derivados de la ruptura se agudizan pues a la existencia de posible descendencia común o no, se une un incremento de los gastos a los que es necesario hacer frente. Asimismo, y como ya ha sido comprobado con anterioridad, el art. 96.2 C.c. establece que “cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo que proceda”. En consecuencia y frente al conflicto planteado el Juez decide resolver que la violación de la jurisprudencia alegada por la demandante no existe ante la carente identidad entre los supuestos objeto de discusión, procediendo la aplicación analógica del art. 96.2 C.c., dada la pluralidad de hijos concurrentes y custodia dividida respecto de los mismos, lo que le conduce a adjudicar la vivienda familiar al padre en compañía de sus dos hijas menores nacidas de una relación anterior¹⁵.

Los criterios determinantes en virtud de los cuales se ha procedido a la atribución del uso de la vivienda han sido en el presente caso, los que siguen:

1°. La vivienda objeto de discusión es privativa del padre y garantiza el cuidado y manutención de las otras dos hijas cuya guarda y custodia tiene atribuida en exclusividad y a quienes por aplicación del art. 96.1 C.c. le había sido adjudicada con anterioridad.

2°. El padre de todas las menores tiene una situación económica peor que la ostentada por la madre del hijo en común, pues abona el pago de la hipoteca en exclusividad de la vivienda, un alquiler por la nueva vivienda que se ha visto obligado a coger y sustenta a las dos hijas habidas de una relación anterior y cuya guarda y custodia, como se ha dicho, tiene atribuida, necesitando para cubrir todos los gastos una ayuda económica familiar externa.

3°. La atribución del uso de la vivienda familiar al padre y sus dos hijas en exclusiva resulta imprescindible para poder garantizar su convivencia, cuidado y manutención. Por otra parte, garantiza el lugar de encuentro común entre todos los menores que son hermanos de padre de forma habitual, procurando con ello el cumplimiento, en cierta medida, de lo establecido en el art. 92.5 C.c. a efectos de no separar a los hermanos, pues de lo contrario las hermanas mayores se verían privadas del que

¹⁵ Como ha sido establecido por el TS en Sentencia 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017), “el art. 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa”, como ya quedó constatado con anterioridad.

hasta el momento y por previa adjudicación había sido su hogar familiar, así como del punto de encuentro con su hermano menor.

La posible y cuestionada atribución a la madre con el hijo en común de la vivienda debe realizarse, en todo caso, atendiendo a los parámetros familiares actuales de uno y otro progenitor, ya que el uso exigido por la madre entorpecería el desarrollo común y vital de los menores, hermanos de padre, su custodia y comunicación entre todos ellos. Si el inmueble es adjudicado al menor hijo en común y a la madre se produciría un desplazamiento de las otras dos hijas mayores del padre, viéndose todos los menores desfavorecidos en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común¹⁶.

4º. La imposibilidad de una convivencia compartida entre los menores a fin de garantizar, por un lado, el uso por parte de “todos” de la que ha sido la vivienda familiar; y por otro, la convivencia entre “todos” los hermanos de padre. Esta salida resulta inoperante como consecuencia de la inexistencia de relación de parentesco, así como por el deterioro experimentado en las relaciones personales de la actora con el padre de las niñas y una de ellas, que ha tenido incluso efectos penales.

La suma de todos estos factores, ha permitido la determinación de los intereses de los menores que concurren en el caso¹⁷, lo que conduce, a su vez, a la formulación de las siguientes cuestiones:

1ª. ¿Condiciona el establecimiento previo del régimen de guarda y custodia de hijos habidos en relaciones anteriores, la atribución de la vivienda familiar respecto de los hijos nacidos de relaciones posteriores?

2ª. ¿Cuál es el interés del menor/es a valorar por el hecho de ser descendientes de diferentes progenitores? Esto ¿nos dirige a tener que considerar el interés de unos menores en detrimento del interés de otros por el hecho de ser familias reconstituidas?

La situación probablemente cambiaría si fuese posible la convivencia compartida de todos los menores y la situación económica del progenitor no custodio diferente¹⁸.

¹⁶ Vid. STS 17 octubre 2017 (RJ 4528, 2017).

¹⁷ La STS 17 junio 2013 (RJ 4375, 2013), establece que: «El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura (...), sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros».

¹⁸ Vid. al respecto el art. 233-21 Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a persona y familia y el art. 96.2 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 10 de abril de 2014, que con posterioridad será analizado.

VII. INTERESES EN CONFLICTO

La atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis de pareja, ya sea matrimonial o de hecho¹⁹, constantemente genera problemas y los resultados no siempre garantizan los intereses de las partes involucradas. Esta situación se agrava, como ha sido posible comprobar en la exposición de los dos casos resueltos por el TS., cuando se trata de la crisis de familias reconstituidas y, en consecuencia, las partes en conflicto son más y, por lo tanto, los intereses a satisfacer y garantizar también.

Atendiendo a los supuestos objeto de análisis y resolución por parte del TS cabe considerar que nos encontramos ante un conflicto en el que los intereses en juego son los que siguen:

1º. El interés de los menores, prioritario y necesitado de protección, pero nunca en detrimento de los intereses de los demás intervinientes en el conflicto. La situación en la cual se encuentren los que deben ejercer la guarda y custodia, ya sea individual o compartida, influye en el desarrollo de la vida posterior de los menores y en el cumplimiento de los deberes inherentes a su ejercicio. En los casos analizados la existencia de hijos de diferentes relaciones agrava la situación habitual, pues como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, al problema de la atribución del uso de la vivienda que siempre se presenta cuando se aplica el art. 96 C.c., se une la confluencia de intereses de hijos que no siempre quedan bajo el mismo régimen de guarda. Esto se puede comprobar tanto en el primer caso, en el que la menor respecto de la cual se discute la atribución de la vivienda queda bajo la guarda y custodia de la madre, mientras su hermana de padre se encuentra bajo la de su madre, no ostentando, en consecuencia, el progenitor común más que un derecho de visita respecto de las mismas; como en el segundo, en el que el menor sobre el cual se cuestiona la atribución de la vivienda queda bajo la guarda y custodia de su madre, mientras que el padre común ostenta la guarda y custodia de las hijas habidas de una relación anterior y hermanas del pequeño. Como puede comprobarse entran en juego los intereses de menores unidos por vínculo sencillo por parte del padre, debiéndose tener presente a efectos de ponderación cuál es la decisión que mejor satisface y protege sus intereses como hermanos que solamente de forma temporal y según lo determinado por el régimen de visitas establecido para el progenitor no custodio pueden desarrollar una vida en común y de convivencia.

2º. Los intereses de las progenitoras (madres en este caso), a quienes se les atribuye el ejercicio individual y exclusivo de la guarda y custodia de los menores que, por otra parte, deben seguir relacionándose con sus hermanas de padre. Respecto de las mismas, en el segundo caso analizado, se llega a plantear la posibilidad de establecer una convivencia compartida con el fin de garantizar, por un lado, la atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio en cuya compañía queden las menores; y,

¹⁹ La aplicación analógica del art. 96 C.c. a las parejas de hecho ha sido admitida por el TS, entre otras, en SSTs 7 julio 2004 (RJ 5108, 2004); 1 abril 2011 (RJ 3139, 2011) y 25 abril 2016 (RJ 1698, 2016).

por otro, el mantenimiento de la convivencia y relación entre los hermanos. Esta última posibilidad sugerida, y que no prospera en el caso particular por el deterioro sufrido en la relación entre el progenitor común y la madre que reclama la vivienda, no me parece una solución adecuada, aun no planteándose los problemas de relación apuntados, pues al fin y al cabo las menores nacidas de una relación anterior vivirían con una persona respecto de la que no ostentan parentesco alguno, atribuyéndole además a una persona que no es su progenitora una responsabilidad y asunción de unos deberes cuya viabilidad desde mi punto de vista deben ser objeto de un análisis y estudio más detallado. Estimo que la solución adoptada por el TS, con el fin de garantizar el mantenimiento de la relación entre las hermanas habidas de diferentes relaciones, es la que mejor protege el interés de todos los menores y de los progenitores en conflicto.

3°. Los intereses de los progenitores no custodios (los padres), los cuales discuten la atribución de la vivienda basándose en dos elementos, por un lado, el hecho de que constituye el lugar de encuentro entre su descendencia común, lo que les permite ante la situación económica que ostentan poder dar cumplimiento a sus deberes económicos respecto de la misma, ya que, de lo contrario, el detrimento económico que ello conlleva repercutiría en el bienestar de los menores; y por otro lado, la vivienda en un caso es propiedad de un tercero y, en otro, propiedad del progenitor, existiendo en ambos supuestos disponibilidad por parte de las progenitoras custodias de otra vivienda bien en propiedad o en otro régimen, pero que protege el interés de los menores en cuestión ofreciéndoles una vivienda adecuada y digna que es de lo que al fin y al cabo se trata, la cual no siempre tiene que ser la que constituía su domicilio familiar, pero le permite mantener la relación con sus otros hermanos y el progenitor común²⁰.

4°. El mejor interés para las relaciones familiares, como es el establecido en el art. 81.2 Decreto-Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, concepto indeterminado, ambiguo e indefinido que pretende conjugar el interés del menor y otros intereses dignos de protección otorgando amplias facultades y margen de discrecionalidad al Juez²¹. Esto implica tener presente no solamente el interés del menor de forma aislada, sino atendiendo también en su configuración a las relaciones que deben ser mantenidas con los progenitores y con los hermanos, lo cual puede, con el objetivo de ser las mismas objeto de la debida protección, llegar a justificar la atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio como ocurre en los supuestos analizados²².

En ambos supuestos cabe entender que las decisiones adoptadas por el TS protegen los intereses no solamente de los menores de forma correcta, sino del resto de personas involucradas en el conflicto, que deben ser tenidos asimismo en cuenta para proteger el interés primordial al que siempre se retorna, el del menor. En cualquier caso, hay que tener presente que proteger el interés de los menores no

²⁰ Como ejemplos de atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio, SSTS 29 marzo 2011 (RJ 3021, 2011) y 5 noviembre 2012 (RJ 10135, 2012).

²¹ VERDERA IZQUIERDO, B.: "Estudio", cit., p. 8.

²² En este sentido, *Ibíd.*, p. 9.

implica sacrificar y desproteger los intereses del resto de las personas intervinientes en el conflicto pues esto, en última instancia, repercute en los mismos. Cabe estimar que, ambos pronunciamientos, lo que no excluye la necesaria reforma del art. 96 C.c.²³, constituyen claros ejemplos de esa apreciable tendencia en los últimos pronunciamientos del TS que permite tener en cuenta las circunstancias concurrentes e intereses en conflicto, es decir, valorar todas las situaciones para decidir lo mejor para todos. No cabe duda de que la aplicación estricta del referido precepto puede llevar a soluciones que repercutan en el futuro cumplimiento de los deberes de asistencia de los menores en todas sus dimensiones.

VIII. UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA Y DIFERENCIAS APRECIABLES

Analizados ambos casos en los que se discute la atribución del uso del que fuera domicilio familiar de una familia en la que conviven hijos de diferentes progenitores y ante la crisis de la pareja, cabe establecer aquellos criterios comunes a ambos, así como los que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, revisten especial consideración por su diferenciación.

Los criterios en virtud de los cuales se ha procedido en ambos supuestos, a pesar de ser reclamado, a alterar el régimen general previsto en el art. 96. 1 C.c., que atribuye la vivienda al progenitor custodio y resolver por analogía conforme al contenido del art. 96.2 C.c., que deja en manos del Juez decidir lo que proceda, permite deducir de la práctica jurisprudencial imperante, cómo resolver los conflictos de atribución del derecho de uso de la vivienda en los supuestos de existencia de hijos menores habidos de diferentes relaciones, ya sean comunes o no comunes. Estos criterios resultan ser los que siguen:

1°. La vivienda constituye el hogar familiar en el que los hijos habidos de distintas relaciones, pero con un progenitor en común, en ambos, el padre, por lo que son hermanos de vínculo sencillo, permite el encuentro no solamente del progenitor con sus hijos, sino de los hermanos entre sí. En consecuencia, la atribución del mismo a persona diferente provocaría una alteración del régimen de convivencia entre los menores que son hermanos de padre y de éstos con su progenitor común.

2°. En el primer caso, la vivienda objeto de litigio es propiedad de terceros (abuelos de las niñas), y en el segundo, del progenitor común de los menores afectados.

3°. La situación económica es determinante para proceder a la adjudicación de la vivienda, ya que, de lo contrario, supondría un detrimento del interés y, en su caso, bienestar de los menores implicados a efectos de poder satisfacer todas sus necesidades futuras diferentes a la vivienda.

²³ La necesidad de una reforma por parte del art. 96 C.c. ha sido puesta de manifiesto incluso por el TS en Sentencias 2 junio 2014 (RJ 2842, 2014) y 18 mayo 2015 (RJ 1919, 2015).

4º. La existencia de otra vivienda en la cual pueden ser cubiertas las necesidades de los menores implicados, sin alterar su necesaria convivencia tanto con el progenitor en común, como entre ellos mismos, lo que tiene como efecto, la no separación de los hermanos de forma definitiva.

En consecuencia, se puede afirmar que, en ellos se pone de manifiesto la finalidad asistencial²⁴, que preside el régimen de atribución de la vivienda familiar en supuestos de crisis de pareja, pues en todos se tienen presentes a los hijos, cuyo interés es el más digno de protección, en atención a lo establecido en el art. 39.2 C.E. y en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reformada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁵. Sin embargo, se aprecia también, que son tenidos en cuenta, a la hora de concretizar el interés de los menores involucrados en el conflicto, otros intereses concurrentes tan necesarios en su delimitación como el propio individualmente considerado.

En cualquier caso, estos intentos jurisprudenciales ponen una vez más de manifiesto que el Código Civil no contempla, entre otras, la situación familiar que se plantea ante la necesidad de atribución de la vivienda familiar cuando concurren hijos menores nacidos de distintas relaciones, comunes y no comunes. La situación se complica aún más cuando, la guarda y custodia de las menores implicadas, es atribuida a las respectivas madres a quienes correspondería la atribución de la vivienda familiar, por tratarse conforme al art. 96.1 C.c. del progenitor custodio, y así es objeto de discusión en los supuestos analizados. No obstante, los dos casos difieren en un dato, en el primero, como ya se ha referido, las menores hijas de padre común, tienen adjudicada la guarda y custodia a sus respectivas madres; mientras que, en el segundo, el padre común tiene atribuida la guarda y custodia de las hijas nacidas de una relación anterior, con las que se pretende el mantenimiento de la convivencia en el cuestionado domicilio familiar.

Como ha podido contemplarse, en principio, el régimen de asignación de la vivienda se encuentra fuertemente conectado con el régimen de guarda y custodia que se establezca, aunque no siempre es así. Los supuestos objeto de análisis y como refieren las sentencias, cabe subsumirlos por aplicación analógica en el art. 96.2 C.c., lo que permite ante el conflicto planteado que el Juez resuelva lo que estime procedente. Ante esta situación y quedando en ambos casos los hijos que tienen un padre en común, bajo la guarda y custodia de las respectivas madres, se procede a una ponderación de las circunstancias que concurren, teniendo presente, por un

²⁴ ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 96 C.c.”, en Código Civil Comentado, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (Dir.), Vol. I, Civitas, Navarra 2011, p. 521; TAMAYO CARMONA, J.A.: ¿Patrimonialización del Derecho de uso de la vivienda familiar?, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, 2011, p. 3; “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 270.

²⁵ Sobre el particular, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social), Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

lado, el interés más necesitado de protección, tal es aquel que permite a los padres mantener relación con los hijos habidos en sus diversas relaciones y de todos los hermanos entre sí; y por otro lado, el carácter o naturaleza de la vivienda familiar, es decir, si el domicilio litigioso es privativo de uno de los progenitores o pertenece a un tercero²⁶. En el primer supuesto concurre, además, la posibilidad de realojar a la menor con su madre en otra vivienda, y en el segundo, la madre tenía medios económicos suficientes para poder vivir en otro domicilio. El criterio del mantenimiento del menor en el mismo domicilio en el que vivía antes de la crisis de sus progenitores cede, atendiendo a las circunstancias del caso, ante otros, como son la existencia de una vivienda adecuada y digna distinta a la familiar, la situación económica del progenitor no custodio y el interés de los hijos habidos de relaciones anteriores quienes también tienen derecho a relacionarse con los hermanos cuya custodia no ostenta su progenitor custodio²⁷.

No cabe duda de que si los padres tienen la posibilidad de pactar dónde van a vivir sus hijos a partir de su separación, es posible admitir que el Juez, ante la falta de acuerdo, atendiendo a las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto y dignos de protección, pueda llegar a hacer lo mismo.

IX. HIJOS DE DIFERENTES RELACIONES, VIVIENDA Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Aunque el objetivo del Anteproyecto es proceder a la modificación del régimen de guarda y custodia en los casos de crisis de pareja, poniendo fin al carácter excepcional que acompaña a la guarda y custodia compartida cuando no hay acuerdo al respecto de los progenitores, propone también una reforma en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere²⁸.

En concreto, en el que sería el nuevo art. 96.1 C.c.²⁹, se establece que “en defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre

²⁶ Cuando la vivienda pertenece a un tercero y el menor tiene cubierta estas necesidades de otra forma el TS no atribuye la vivienda al cónyuge custodio. Vid. Sentencias 10 octubre 2011 (RJ 6839, 2011) y 15 julio 2015 (RJ 3597, 2015).

²⁷ CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio 2014, pp. 15 y 16, considera que “de la mano del Derecho de familia, se produce una suerte de expropiación temporal, sin justiprecio, que puede conducir al dueño incluso a situaciones de exclusión social”, por lo que estima se ha “magnificado sobremanera el impacto que para los menores tiene un cambio de vivienda”.

²⁸ Como bien ha sido referido por ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución”, cit., p. 130, aunque la proyectada reforma supone un avance respecto a la regulación actual, el contenido resulta ser insuficiente.

²⁹ Conforme a la última versión definitiva de 10 de abril de 2014, denominado Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación”. Continúa en el art. 96.2 C.c. a efectos de lo que interesa lo que sigue: “cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección. El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”.

Los nuevos criterios previstos en el Anteproyecto son los que está aplicando el TS en los supuestos analizados, tales son, el interés superior de todos los hijos involucrados en el conflicto, la necesidad y titularidad de la vivienda. Concretiza además que, cuando existen hijos en compañía de distintos progenitores, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección. Asimismo, contempla de forma expresa, no excepcionalmente como ocurría en el anterior Anteproyecto³⁰, la posibilidad de atribuir la vivienda al progenitor no custodio si tiene más necesidad y el progenitor custodio dispone de medios para costearse otra vivienda.

Esta es la solución adoptada en los casos que nos ocupan, siendo el remedio también previsto por el Código Civil catalán en el art. 233.20 en virtud del cual “si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta. No obstante, lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) si la guarda de los hijos queda (...) distribuida entre los progenitores (...). Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponda la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”³¹.

³⁰ Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de julio de 2013.

³¹ Esta previsión, aunque considerada una “novedad”, es catalogada de “estrecha”, pues la regla presupone la situación de necesidad del cónyuge no custodio y mayor disponibilidad de medios en el guardador, pero no resulta ser aplicable en el supuesto en que, con independencia de la situación económica del cónyuge no custodio, el otro tiene su propia vivienda apta para cubrir las necesidades de alojamiento de los hijos, en cuyo caso, según la doctrina sentada recientemente por el TS, el guardador no tendría derecho a la asignación del uso. Cfr. SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución”, cit., p.16.

Al respecto y de forma exhaustiva, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco, establece en el art. 12.1 que “en defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda”. En el apartado 2 reconoce que “el Juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes si es lo más conveniente para el interés de estos”. Continúa en el apartado 3 diciendo que “el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos”. Para concluir en el apartado 6 precisando que “el Juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”. Se trata, como ha sido apuntado³², de una lectura en “clave de alimentos del derecho de uso”.

Por su parte, el art. 81.2 Decreto-Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, establece que “cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor”.

En relación a la situación que nos ocupa, tal es, la existencia de hijos de relaciones diferentes, comunes y no comunes, y los problemas que la atribución de la vivienda familiar plantea, no cabe apreciar avance al respecto en el texto del Anteproyecto pues éste no establece diferenciación entre los hijos, pero sí atiende a los criterios que debe tener presentes el Juez para decidir lo que proceda. En cualquier caso, el otorgamiento de mayores facultades al Juez para decidir, atendiendo a las circunstancias concurrentes qué es lo mejor, permitiría proceder a la atribución de la vivienda conforme no solo al criterio del interés del menor, sino de todos los concurrentes en el caso que repercuten en el del menor, y se debe traducir en procurarle una vivienda adecuada y digna, con independencia de si la misma ha constituido o no el domicilio familiar.

La posibilidad prevista en el texto de, a criterio del Juez, otorgarle la vivienda al progenitor no custodio, aunque existan menores, supone un avance importante respecto de la regulación actual y la primera redacción del Anteproyecto. Lo que ocurre es que esta posibilidad se encuentra sometida a dos criterios, pues como establece el texto “el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la

³² DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La atribución”, cit., p. 25

necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”. Luego, cuando el progenitor no custodio se encuentre en mayores dificultades y el custodio disponga de medios suficientes para cubrir las necesidades de vivienda de los menores, es cuando el Juez puede proceder a la atribución de la vivienda al progenitor no custodio.

Ante la situación actual y, por lo tanto, de aplicación del régimen previsto en el art. 96.1 C.c., con los problemas que conlleva en la práctica, no tiene sentido que se proceda solamente a nivel jurisprudencial a la aplicación de los criterios de un Anteproyecto de Ley que desde el año 2013 espera ver la luz, aunque no esté desprovisto de sombras, y no se adopten medidas para que exista una legislación definitiva capaz de otorgar respuesta a la realidad social imperante. Una vez más la legislación existente en esta materia en las Comunidades Autónomas se acerca más a la realidad social y a los problemas y conflictos que las distintas formas de familia plantean a efectos de la atribución del uso de la llamada “vivienda familiar”.

X. RECAPITULACIÓN A EFECTOS DE CONCLUSIÓN

Los casos objeto de análisis constituyen una manifestación más en torno a que, aun siendo el interés más necesitado de protección el de los hijos, cabe la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias que concurren en el supuesto concreto para decidir a quién atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, que no siempre resultan ser los hijos y el progenitor custodio en cuya compañía queden los beneficiados por la misma. Esto apunta también a que no siempre el Tribunal Supremo mantiene una postura tan rigurosa en torno a la aplicación del art. 96 C.c. Sin embargo, y a la luz de lo establecido en el Anteproyecto de Ley, muchas veces olvidado y sin destino, pero de momento único texto en el que poder analizar las posibilidades de reforma, cabe considerar que quizás sería aconsejable la adopción de una fórmula más abierta en cuanto al régimen de atribución del uso de la vivienda familiar cuando estamos ante supuestos de guarda y custodia exclusiva con atribución del régimen de visitas respecto del progenitor no custodio y no existe acuerdo, siendo el Juez el que debe decidir el destino, al cual se le debería reconocer un mayor margen de apreciación, lo que le permitiría proceder a la valoración de todas las circunstancias que convergen en el caso.

Este planteamiento del mayor margen de apreciación y valoración por parte del Juez, teniendo presentes los intereses de las partes en conflicto y circunstancias concurrentes, se pone de manifiesto en los asuntos resueltos por el TS en ambas sentencias, lo que no debe interpretarse en términos de abandono de la demandada reforma que exige el art. 96 C.c. y que la prevista en el Anteproyecto de Ley, aunque supone un avance, no cubre en su totalidad

En cualquier caso, si la atribución de la vivienda familiar al progenitor en cuya compañía queden los menores, como interés superior siempre protegible, solamente procede cuando no existe acuerdo entre los progenitores, pues de existir éste, el interés del menor por permanecer en el que fuera su domicilio familiar parece no

demandar tal protección, no tiene sentido seguir manteniendo que como regla general ante la ausencia de acuerdo la vivienda deba ser para el progenitor custodio, no siendo necesario atender a otras circunstancias que puedan concurrir³³.

Esta realidad es tenida en cuenta por el TS en el que cabe apreciar una evolución hacia las nuevas realidades, aunque éstas no sean objeto del amparo legal suficiente. El criterio de la “vivienda necesaria, adecuada y digna” es el que se debe tener presente a efectos de la atribución de la vivienda familiar, debiendo el Juez actuar con un amplio margen de apreciación, lo que supondría la superación de la fórmula matemática y tradicional de hijos más guarda y custodia igual a domicilio familiar, sin atender a los verdaderos intereses en conflicto, ni a las realidades que confluyen en el supuesto³⁴. En las sentencias analizadas se pone de manifiesto el paso dado por el TS, el cual garantiza en ambos casos el derecho de todos los menores en conflicto a una vivienda adecuada y digna³⁵, teniendo también en cuenta los intereses de los progenitores concurrentes para asegurar y proteger el cumplimiento de sus deberes respecto de los menores en igualdad de condiciones y sin detrimento y perjuicio alguno³⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S.: La atribución del uso de la vivienda familiar y los hijos. Déficit y retos en la interpretación del art. 96 del C.c., *Estudios en Homenaje al Profesor José M^a Miquel González*, Díez-Picazo (Coord.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2014.

³³ Como considera ALGABA ROS, S.: “La atribución”, cit., p. 224, aunque es comúnmente admitido que el interés del menor ha de ser preponderante en caso de conflicto, esa prevalencia debe tener límites, no pudiendo ser objeto de una protección desmedida que lleva a uno de los progenitores a vivir en una vivienda inadecuada e indigna.

³⁴ Como ha sido puesto de manifiesto en los IV Encuentros institucionales de Jueces Y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales de 2009 “hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal”.

³⁵ Sobre el derecho de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, vid. ampliamente, SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución”, cit., p. 32. Por su parte, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 165, en relación al art. 96.1 C.c. ha reconocido que la aplicación del citado precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede ser interpretada con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del progenitor no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia.

³⁶ La delimitación del “interés del menor que se halla integrado dentro de un grupo (familiar), el interés familiar no es supraindividual, contrapuesto al de cada uno de sus componentes, sino la suma de los intereses de los individuos que forman el grupo: hay tantos intereses individuales como personas, y cada uno debe ser valorado, aislado o en conflicto con otros”. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Dykinson, Madrid 2007, p. 151.

CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, abril-junio 2014.

GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid 2013.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid 2012.

PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid 2007.

ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 96 C.c.”, *Código Civil Comentado*, Cañizares Laso, A./De Pablo Contreras, P./Orduña Moreno, J./Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), Vol. I, Civitas, Navarra 2011.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

SANTOS MORÓN, M^a. J.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3, julio-septiembre 2014.

TAMAYO CARMONA, J.A.: ¿Patrimonialización del Derecho de uso de la vivienda familiar?, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, 2011.

-“El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, *Familia y sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 99, 2012.

-“Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014.

-“La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, noviembre 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”, *InDret*, enero 2016.

ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016.



PACTOS DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES: NATURALEZA JURÍDICA Y DESISTIMIENTO UNILATERAL

*MAINTENANCE AGREEMENTS BETWEEN SPOUSES: LEGAL NATURE AND
UNILATERAL WITHDRAWAL*

CRISTINA BERENGUER ALBALADEJO
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Alicante
c.berenguer@ua.es

RESUMEN: En este trabajo se analizarán dos cuestiones recientemente tratadas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5099), sobre los pactos alimenticios realizados entre cónyuges. En concreto, se analizará, por un lado, la naturaleza jurídica de tales pactos, y por otro lado y en función de la misma, se estudiará la posibilidad de extinguir el derecho de alimentos pactado voluntariamente por el desistimiento unilateral del obligado a prestarlos. Partiendo de la resolución citada se pretende, como objetivo principal, esclarecer los criterios seguidos por los tribunales en éste y otros casos conexos, aportando consideraciones críticas sobre su actuación y proponiendo soluciones alternativas.

PALABRAS CLAVE: alimentos, convenio regulador, obligación legal de alimentos entre parientes, contrato de alimentos, desistimiento unilateral.

ABSTRACT: This paper focuses on two questions analysed by the recent sentence from the Spanish Supreme Court, November 20th 2017 (RJ 2017, 5099), related with the maintenance agreements between spouses. In particular, we will analyse, on the one hand, their legal nature, and on the other hand, the possibility of their termination by unilateral withdrawal. Following this resolution, we will pretend, as a main objective, to clarify the criteria followed by the courts in this case and other related cases, providing critical considerations on their actions and proposing alternative solutions.

KEY WORDS: maintenance, regulatory agreement, legal maintenance obligation between relatives, maintenance contract, unilateral withdrawal.

FECHA DE ENTREGA: 04/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES.- II. COMPATIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONVENCIONALES DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES.- 1. Pactos celebrados constante el matrimonio.- 2. Pactos celebrados cuando concurre crisis matrimonial.- III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL PACTO CONTENIDO EN LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONVENIO REGULADOR.- IV. POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LOS PACTOS DE ALIMENTOS.

I. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES

La resolución judicial de la que parte este trabajo trae causa de un litigio anterior entre las mismas partes que fue resuelto por Tribunal Supremo mediante sentencia de 4 noviembre 2011¹. El interés de esta última no es en absoluto desdeñable desde el momento en que sienta jurisprudencia sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos de alimentos entre cónyuges incluidos en convenio regulador y en un procedimiento de separación previo, cuestión sobre la que existía doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales.

Previamente al análisis de las cuestiones controvertidas, es necesaria una exposición de los hechos que originaron los dos procedimientos judiciales y de los fundamentos de derecho que serán comentados en estas páginas:

D. Gonzalo y Dña. Estibaliz contrajeron matrimonio en 1981. La relación finalizó en 2002 y se interpuso demanda de separación. El 27 de junio de 2003 se dicta sentencia de separación aprobando el convenio regulador en el que figuraba la cláusula de la que trae causa tanto este litigio como el resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2017. Su tenor literal era el siguiente:

«Cuarta. De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Carlos Ramón, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente a SEIS MIL EUROS (6 000€) de salario o contraprestación neta, en el establecimiento denominado [...]. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de SEIS MIL EUROS (6 000€) en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una

¹ STS 4 noviembre 2011 (RJ 2012, 1248).

prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero».

Un año después de la sentencia de separación, la esposa interpone demanda de divorcio solicitando la disolución del matrimonio y la ratificación de las medidas definitivas aprobadas. El esposo contesta a la demanda y pide la exclusión de la cláusula transcrita en lo relativo a los alimentos acordados a su esposa. Alegaba que tras el divorcio quedaba extinguida la obligación de alimentos, ya que, desaparecido el vínculo conyugal, la prestación a favor de la esposa debía cobijarse en todo caso como pensión compensatoria, pensión que en el convenio se excluyó expresamente porque no había desequilibrio dada la adjudicación de bienes que se hacía a la esposa.

El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella estimó la demanda de divorcio y confirmó todas las medidas acordadas y aprobadas por la sentencia de separación. Para desestimar la pretensión del marido esgrimió que, si bien sobre la base art. 143 Cc no existe obligación para los no cónyuges de prestarse alimentos, esto es posible en virtud de la autonomía de la voluntad.

Recurrido dicho pronunciamiento por el esposo ante la Audiencia Provincial de Málaga, se estimó el recurso y se excluyó la aplicación de la citada cláusula. Como principal argumento se sostuvo que, una vez disuelto el matrimonio, desaparece el parentesco que da lugar al derecho a obtener alimentos ex art. 143 CC, de modo que cualquier prestación de un cónyuge a favor del otro «debe necesariamente cobijarse bajo el ropaje jurídico de la pensión compensatoria [...]», pensión que en este caso se había excluido expresamente porque el desequilibrio se compensaba de otra forma; entiende el Tribunal que, excluida la pensión compensatoria, «se pactó una auténtica pensión alimenticia, pensión que no puede mantenerse en fase de divorcio “no ya por alteración sustancial de circunstancias, sino porque desaparece el presupuesto esencial que da derecho” a los alimentos, cual es el vínculo conyugal que se disuelve mediante el divorcio».

La esposa recurre ante el Tribunal Supremo solicitando que se pronuncie en unificación de doctrina sobre la aplicación de los arts. 153, 1255, 90 y 91 Cc, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia menor contradictoria. Queda así justificado el interés casacional del recurso.

El TS estima el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida y reponiendo la dictada en primera instancia. Además, por lo que ahora interesa, dicta la siguiente doctrina jurisprudencial: «el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos». Por tanto, el Supremo considera, a diferencia de la AP, que el presupuesto esencial que da derecho a los alimentos en

este caso no es el vínculo conyugal, sino el contractual voluntariamente asumido por las partes.

Posteriormente a la notificación de la sentencia, D. Gonzalo envía requerimiento notarial a su ex mujer solicitando la revocación formal del «contrato de alimentos» contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador, invocando el criterio jurisprudencial que permite a cualquiera de las partes dar por terminados los contratos indefinidos mediante su denuncia o revocación unilateral.

Dos años después de dicho requerimiento, en 2014, interpone demanda contra Dña. Estibaliz solicitando la resolución del referido contrato, que además califica de gratuito e indefinido. Trata de conseguir, de nuevo, la inaplicación del pacto con el fin de no pagar a la ex esposa la prestación pactada, pero alega una causa de impugnación distinta a la planteada y desestimada en el primer procedimiento. Los argumentos en los que se basa son, en resumen, los siguientes: por un lado, que se trata de un contrato del art. 153 Cc en el que no existía contraprestación por parte de la alimentista, sino que derivaba de la mera liberalidad del alimentante y carecía de fecha fija de finalización; por otro lado, que las relaciones económicas entre las partes estaban totalmente liquidadas y no mediaba ya la causa de liberalidad del actor alimentante; por último, y subsidiariamente, que concurrían las causas de extinción de la pensión de alimentos recogidas en el art. 152.2º y 3º Cc, esto es, reducción de la fortuna del obligado hasta el punto de no poder atender sus propias necesidades y las de su familia (debida a la liquidación de la sociedad de gananciales y de la mayor parte de sociedades comunes con la ex mujer), y posibilidad de la alimentista de ejercer una profesión, oficio o industria, así como mejora de su fortuna de forma significativa con las sumas resultantes de las citadas liquidaciones.

En primera instancia se desestima la demanda por considerar que las partes suscribieron un contrato de alimentos del art. 153 Cc, producto de la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc, que reconocía un derecho personalísimo, permanente, indefinido y vitalicio, al que no le resultaban de aplicación las causas de extinción del art. 152 CC.

Interpuesto recurso de apelación por D. Gonzalo, la Audiencia lo desestima con apoyo en la Sentencia de 4 noviembre 2011 que puso fin al divorcio de los litigantes, por las siguientes razones: a) porque entiende que se trata de un pacto de alimentos voluntarios donde, si las partes hubieran querido, habrían fijado un límite temporal a la prestación. Puesto que no lo hicieron, considera que la obligación pactada tenía «una firme voluntad de permanencia en el tiempo»; b) porque entiende que, a pesar de que las medidas fijadas en convenio pueden modificarse cuando se alteren las circunstancias, no concurren en el caso los presupuestos para aplicar la cláusula «*rebus sic stantibus*»; c) porque, según señala, el contrato celebrado no puede equipararse al arrendamiento ni a los contratos de duración indefinida como el de obra, sociedad, mandato, comodato o depósito, en los que se admite la resolución unilateral como excepción al art. 1256 Cc (siempre que sea de buena fe y se ejercite de forma no abusiva), ya que en este caso el marido quedó vinculado a pagar la pensión en caso de incumplimiento de la obligación preestablecida de contratación,

o en caso de resolución de la contratación laboral y aun para el caso de que la esposa incumpliere sus obligaciones laborales; d) porque a los alimentos contractuales sólo se le aplican las normas de los alimentos entre parientes en defecto de pacto, y además, en este caso, ni siquiera se dan las causas de extinción del art. 152.2º y 3º alegadas por el recurrente.

D. Gonzalo recurre en casación por infracción del art.152 Cc en relación con los arts. 1255 Cc y 1583 Cc. Sostiene que procede la denuncia unilateral del contrato ejercida de buena fe, de acuerdo con la doctrina de la Sala que lo admite para los contratos de duración indeterminada, más si se trata de contratos gratuitos, lo que según la propia doctrina jurisprudencial no contraviene el art. 1256 Cc. Defiende que la obligación que asumió a través del pacto suscrito era de duración indeterminada y no vitalicia.

El TS desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia básicamente por tres motivos que analizaremos después: primero, porque la sentencia recurrida no infringe el art. 152 CC sobre extinción de los alimentos entre parientes, ya que, salvo pacto en contrario, dicho precepto no se aplica a los alimentos que nacen de un contrato; segundo, porque la sentencia recurrida no infringe la autonomía privada sino que respeta el acuerdo alcanzado por las partes en el año 2003; tercero, porque cuando la sentencia recurrida considera que la obligación del ex marido no se ha extinguido por su revocación extrajudicial, y que tampoco procede la declaración judicial de extinción por ese motivo, no contradice la doctrina jurisprudencial que reconoce la facultad de desistir en los contratos en que no se ha acordado una duración predeterminada, porque tal doctrina no resulta de aplicación a este caso.

Llegados a este punto, debemos concretar las cuestiones que por su relevancia jurídica serán objeto de tratamiento en este trabajo:

-Compatibilidad de las obligaciones legales y convencionales de alimentos entre cónyuges.

-Naturaleza jurídica y caracteres del pacto contenido en la cláusula cuarta del convenio regulador.

-Posibilidad de desistimiento unilateral en los pactos de alimentos.

II. COMPATIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONVENCIONALES DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES

La primera cuestión que hay que aclarar es la de si es posible celebrar un pacto de alimentos (típico o atípico) entre personas que están legalmente obligadas a prestárselos. Teniendo en cuenta el caso objeto de estudio, nos centraremos concretamente en si los cónyuges pueden llevar a cabo este tipo de pactos, diferenciando, además, dos situaciones: por un lado, aquéllas en que los pactos que

celebran los cónyuges se realizan mientras dura el matrimonio; y por otro lado, aquéllas en que se celebran cuando se encuentran en situación de crisis matrimonial.

1. Pactos celebrados constante el matrimonio

En virtud del art. 1323 Cc, los cónyuges pueden «transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contrato». Por tanto, este precepto ampara la libertad de contratación entre ellos. Sin embargo, a pesar de su tenor literal, hay un tipo de contrato que si se celebra entre los cónyuges sería, a nuestro juicio, susceptible de anulación. Se trata de aquellos contratos en virtud de los cuales uno de ellos se obliga a proporcionar alimentos y asistencia al otro a cambio de una contraprestación, contratos que, desde el año 2003, han sido tipificados en nuestro ordenamiento jurídico y calificados como «contratos de alimentos» (arts. 1791 y siguientes del Código civil).

Sobre los deberes conyugales, la doctrina entiende que la ayuda y socorro mutuos que recíprocamente se deben los cónyuges *ex* arts. 67 y 68 Cc engloba la atención de cualesquiera necesidades económicas y personales de cualquier índole, comprendiendo de forma particular la obligación alimenticia². Con los contratos de alimentos, tal y como los configura el legislador, se pretende cubrir esos mismos conceptos. Por tanto, puesto que ambas obligaciones, la surgida del matrimonio y la surgida del pacto alimenticio tienen, en principio, un contenido casi idéntico –y decimos «casi» porque por la vía contractual las partes gozan de libertad para pactar lo que deseen en cuanto a la extensión de la prestación alimenticia–, no tendría sentido que los cónyuges celebrasen un contrato de alimentos puesto que ya estarían obligados por ley a prestarse la asistencia y cuidados típicos del mismo y tendrían cubiertas sus necesidades por esta vía (no olvidemos, que la razón o causa contractual en los contratos de alimentos es, precisamente, la de cubrir necesidades materiales y/o morales del alimentista).

La coincidencia de contenido entre la obligación de ayuda y socorro mutuo de los cónyuges y la prestación del alimentante en un contrato de alimentos, ha sido declarada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 enero 2001³, donde mantiene que, precisamente porque cumplen la misma función, no pueden darse ambas obligaciones al mismo tiempo. Por ello, «suspende temporalmente» la aplicación del contrato de alimentos mientras está vigente la obligación de los arts. 67 y 68 Cc, esto es, mientras dura el matrimonio, reservando la posibilidad del renacimiento de la obligación convencional en los casos de crisis matrimonial.

También ha negado la validez de un contrato de alimentos celebrado entre cónyuges la jurisprudencia italiana. En concreto, esta cuestión fue resuelta por el Tribunal de Cagliari en su sentencia de 9 abril 1993. El tribunal se basa en el art. 143 del *Codice* para declarar la nulidad del contrato por falta de causa. En dicho precepto se

² Por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, vol. VI, 2008, p. 61.

³ STS 18 enero 2001 (RJ 2001, 1319).

establece que del matrimonio surge la obligación recíproca de los cónyuges de proporcionarse asistencia material y moral. Por esta razón, considera que «el contrato a través del cual el marido cede a la mujer la nuda propiedad de un bien inmueble a cambio de asistencia, atención médica, etc, que ésta ya venía prestando y había prometido para el futuro, es nulo por falta de causa en cuanto que las prestaciones ya ejecutadas y prometidas como contraprestación de la cesión del bien, gravaban a la cesionaria por ley en virtud de su cualidad de cónyuge, siendo obligaciones nacidas del matrimonio». Cuando el juez, después de valorar las prestaciones, considera que no existe al menos una tendencial equivalencia entre ellas, se inclina por la ausencia de alea (esencial en estos negocios) y por tanto de causa.

Por tanto, se puede concluir que cuando uno de los cónyuges se obliga por contrato a lo mismo que ya debe por imperativo legal en virtud del matrimonio, no se estaría obligando a ninguna contraprestación distinta a la que ya pesa sobre él *ex arts. 67 y 68 Cc*; y si no hay verdadera contraprestación, dos consecuencias podrían derivarse: o bien que el contrato se declarase nulo por falta de causa y/o de objeto; o bien que se mantuviese la validez de la atribución gratuita como donación, si quedase probado el *animus donandi*.

En nuestra opinión, el único supuesto en que el contrato de alimentos celebrado por los cónyuges podría ser válido sería que se celebrase sometido a condición suspensiva. Su formulación podría ser la siguiente: «por el presente contrato de alimentos A transfiere a B la propiedad del bien X a cambio de que B se obligue a prestar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a A hasta su fallecimiento. Dicho contrato desplegará su eficacia sólo en el supuesto de que las partes se vean inmersas en uno de los supuestos de crisis matrimonial contemplados en nuestro ordenamiento».

Ahora bien, si el pacto de alimentos celebrado entre los cónyuges tuviera un objeto o una causa distinta al descrito (por ej. la mera liberalidad del alimentante), podría ser válido en virtud del art. 1323 Cc.

2. Pactos celebrados cuando concurre crisis matrimonial

Cuestión distinta sería que los cónyuges estuvieran incurso en una situación de crisis matrimonial. En estos casos, surgirían varias opciones para reclamar alimentos:

Primera, reclamar los alimentos *ex lege* de los arts. 142 y siguientes del Cc, siempre y cuando se diesen los presupuestos exigidos para el surgimiento de la obligación: a saber, necesidad y posibilidad económica de alimentista y alimentante respectivamente. Además, hay que precisar que los cónyuges que tendrían derecho a reclamarse recíprocamente alimentos en virtud del art. 143 Cc serían únicamente los separados judicialmente o de hecho fehacientemente, ya que, por un lado, los que no están inmersos en crisis matrimonial están obligados legalmente a prestarse ayuda y socorro mutuo *ex arts. 67 y 68 Cc*, y por otro lado, los divorciados no gozan de

este derecho al haber perdido la condición de cónyuges con la disolución del vínculo. Tal como señala COBACHO GÓMEZ, «los cónyuges no pueden ser titulares de la obligación alimenticia mientras están unidos y conviven en comunidad de mesa y habitación. Durante la situación normal del matrimonio no surge una específica obligación de alimentos entre los cónyuges, ya que éstos no se deben legalmente puesto que se deben un mutuo auxilio como efecto personal del matrimonio»⁴.

Segunda, para el caso de que los cónyuges no quieran o no puedan solicitar los alimentos de los arts. 142 y siguientes, podrían pactar alimentos voluntarios en convenio regulador o fuera de él. Respecto a esta opción se pronuncia el TS en su sentencia de 4 de noviembre 2011 (anteriormente comentada), donde sienta la siguiente doctrina en relación, por un lado, a la posibilidad de incluir pactos de alimentos voluntarios en los convenios reguladores de separación y divorcio, y por otro lado, como cuestión íntimamente conectada con ésta, a si los pactos que se incluyen en los convenios de separación mantendrían su eficacia a pesar del divorcio si nada se pactó sobre su continuidad. La Sala se pronuncia en unificación de doctrina estableciendo que: «el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos».

Se afirma la autonomía de la voluntad de los cónyuges para llevar a cabo pactos alimenticios tanto en convenio regulador, como fuera de él -en capitulaciones matrimoniales o documentos complementarios-. Dicha autonomía conyugal para incluir en el convenio regulador acuerdos distintos al mínimo legal fijado por el art. 90 Cc, ya se reconoció en la STS 22 abril 1997⁵, que «puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.”».

El pacto alcanzado en este caso, dice el Tribunal, «tendrá las características del art. 153 CC, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el Art. 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges».

Se reconoce, además, que el divorcio no puede ser causa de cese de la obligación alimenticia en tanto en cuanto la obligación de alimentos no tiene su fundamento en

⁴ COBACHO GÓMEZ, J.A.: *La deuda alimenticia*, Madrid, 1990, p. 57.

⁵ STS 24 abril 1997 (RJ 1997, 3251).

los arts. 142 y siguientes, sino en el pacto plenamente válido alcanzado por las partes en virtud de su autonomía de la voluntad. Teniendo en cuenta que en dicho acuerdo no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido (ni se limitó su eficacia al periodo de separación legal de los cónyuges), el divorcio no extinguiría una obligación asumida por contrato.

Sentada esta importante premisa (contraria a la desacertada postura de la sentencia recurrida donde se afirmaba que «en fase de divorcio no puede mantenerse lo pactado [...] porque desaparece el presupuesto esencial que da derecho a los alimentos, cual es el vínculo conyugal que se disuelve mediante el divorcio»), quedaría por resolver cuál sería la duración de la obligación de alimentos voluntarios cuando la misma no se pacta en el contrato, o cuando hay controversia entre las partes acerca de lo pactado. Esta cuestión la trataremos en los siguientes apartados, después de analizar la calificación jurídica del pacto celebrado por D. Gonzalo y Dña. Estibaliz.

III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL PACTO CONTENIDO EN LA CLÁUSULA CUARTA DEL CONVENIO REGULADOR

Particular interés tiene la calificación del pacto contenido en la polémica cláusula del convenio regulador anteriormente transcrita, ya que a lo largo de las diversas instancias de los procedimientos judiciales, ni siquiera queda claro su carácter oneroso o gratuito, e incluso en algún momento del *iter* procedimental se pone en duda su carácter alimenticio. Esta cuestión será clave a la hora de determinar su régimen jurídico.

Especial y prioritaria atención merece la determinación del carácter alimenticio o no de la obligación asumida por D. Gonzalo que, recordemos, consistía en abonar 6000 euros mensuales a la esposa. Todos los tribunales que enjuician el asunto lo dan por sentado, a excepción del JPI nº3 de Marbella. En este sentido, en la sentencia de divorcio dictada por dicho juzgado se mantiene, acertadamente a nuestro juicio, que «es discutible que la suma de 6000 € mensuales del marido a favor de la esposa tenga la consideración de pensión alimenticia, porque se trataba de un salario o contraprestación por los servicios profesionales de su cónyuge».

Por su parte, el TS afirma que «[l]a sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía “una verdadera prestación alimenticia”, lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes»; no obstante, inmediatamente después señala que «de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados «alimentos» (las comillas son de la propia sentencia), que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges» (vid., FD 4º de

la sentencia de 4 noviembre 2011). De aquí puede deducirse que, más que en función de la propia naturaleza del pacto, el carácter alimenticio lo otorgan las partes al incluirlo en convenio regulador y bajo el título «De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa».

La determinación del carácter alimenticio de la obligación es una cuestión más compleja de lo que parece. Así las cosas nos preguntamos, ¿se trata de una prestación alimenticia la obligación de abonar una renta de 6000 euros mensuales? (no olvidemos que el pago de esta cantidad pactada como «alimentos» era subsidiario del salario que correspondía a la esposa por su contratación, ya que nacía en el caso de que el esposo incumpliera la obligación de contratarla o resolviera o cancelara el contrato por cualquier causa, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales).

Para contestar esta pregunta debemos tener en cuenta el propio concepto de «deuda o prestación alimenticia». Con carácter general, se puede definir la deuda alimenticia como aquella a través de la cual las partes pretenden proporcionar y recibir respectivamente, en calidad de alimentos, los medios de asistencia precisos para remediar una necesidad; o también como «la relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia»⁶. Es decir, las prestaciones de alimentos deben ir siempre encaminadas a proporcionar medios de vida o subsistencia a una persona, ya sea de tipo material o económico, ya sea de tipo personal o afectivo. Esa debe ser su finalidad. Por tanto, es el fin que se pretende para lograr un resultado lo que permite subsumir un supuesto en la categoría de deuda alimenticia, y no el carácter alimenticio de los medios que se destinan para conseguir esa finalidad⁷.

En el caso concreto, se podría defender que se trata de una prestación alimenticia desde el momento en que la intención o finalidad de las partes al pactarla es que dicha cuantía se destine al levantamiento de las cargas familiares y a proporcionarle medios de vida a la esposa con los que satisfacer sus necesidades. Ahora bien, el hecho de que en este caso se haya pactado el pago de una pensión pecuniaria fija y no variable en función de las necesidades de la alimentista, conlleva la exclusión de un elemento intrínseco a toda deuda alimenticia, cual es su variabilidad en función de las necesidades del beneficiario.

Nos planteamos si esta exclusión sería suficiente para negarle carácter alimenticio a la obligación. Tal como mantiene un sector doctrinal, no debe negarse carácter alimenticio a una prestación cuando las partes fijan una cuantía inmodificable, pues su origen puede estar basado igualmente en la existencia de un estado de necesidad en la persona⁸. Si bien nos adherimos a esta opinión, creemos que en estos casos no

⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, 2002, p. 33.

⁷ *Vid.*, en este sentido DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Pactos en materia de alimentos”, *ADC*, t. XXIV, fasc. II, abril-junio, Madrid, 1971, pp. 344 y 385.

⁸ NÚÑEZ ZORRILLA, M^a.C.: “Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código civil sobre el

estaríamos ante una obligación alimenticia *stricto sensu*, sino más bien ante una deuda alimenticia atípica o *sui generis*.

La calificación de la prestación de D. Gonzalo como «deuda alimenticia» tendría relevancia, ya no tanto para considerar como personalísimo e intransmisible el correlativo crédito, ya que las partes se encargan de dejar pactado este extremo (aunque no hubiera hecho falta), sino más bien para resolver el meollo del litigio planteado, esto es, la duración de la misma. Respecto a esta cuestión, si se considera que es una obligación de alimentos convencional se aplicarían en defecto de pacto las normas del contrato de alimentos (como explicaremos después), entre ellas, el art. 1794 Cc. Este precepto señala que «la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero», esto es, recoge como causa de extinción de la obligación, el fallecimiento del alimentista. De aquí podría inferirse que D. Gonzalo quedaba obligado a abonar los 6000 euros mensuales hasta el fallecimiento de su ex esposa. Otra cosa es que no consideremos necesario acudir al régimen legal supletorio porque de los términos del pacto se podía deducir la duración del contrato. A nuestro modo de ver, expresiones contenidas en la cláusula transcrita como la de «garantizando a ésta, en todo momento, una prestación equivalente», o el hecho de calificar el crédito como «derecho inherente a la persona de la esposa», servirían para defender la duración vitalicia de la obligación sin necesidad de acudir al art. 1794 Cc. Y ésta parece ser también la postura del TS como más tarde expondremos.

Pues bien, asumiendo, no sin vacilaciones, el carácter alimenticio de la obligación de D. Gonzalo, nos detendremos ahora en el carácter oneroso o gratuito de la misma. Tal como se recoge en la sentencia de 4 de noviembre de 2011, los pactos alimenticios voluntariamente incluidos en los convenios reguladores y cuyo fundamento jurídico el TS sitúa en el art. 153 Cc, podrán ser onerosos –en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el art. 1791 Cc (y siguientes, aunque la sentencia no los mencione), o gratuitos –nada se dice sobre su régimen jurídico cuando son gratuitos- (FD 3º).

Por nuestra parte, descartamos el carácter gratuito del pacto conyugal, extremo discutido por los litigantes y sobre el que el TS no muestra una postura clara en su primera sentencia, aunque sí en la segunda. En la de 4 de noviembre declara el carácter gratuito del pacto (penúltimo párrafo del FD 3º), e inmediatamente después (segundo párrafo FD 4º) afirma que «la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados “alimentos”, que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges», manifestación de la que, a nuestro modo de ver, se desprende la ausencia de gratuidad de la obligación de D. Gonzalo.

contrato de alimentos vitalicio”, *RGLJ*, año 152, núm. 3, 2005, p. 438.

Más claramente se pronuncia sobre la onerosidad del pacto en su sentencia de 20 noviembre 2017⁹. Al final del FD 5º mantiene que, «[e]n el caso litigioso, dentro de la amplia libertad de acuerdos que permite nuestro ordenamiento, las partes incluyeron en el convenio regulador una obligación de pago de una renta mensual a cargo del marido y a favor de la mujer que era consecuencia de las relaciones económicas que mediaban entre ellos. La causa del contrato no era por tanto la mera liberalidad, la generosidad del esposo, ni respondía a un acto desinteresado. En consecuencia, no es un contrato gratuito ni procede una interpretación a favor de la menor transmisión de derechos, contra lo que sostiene el recurrente con invocación de los arts. 1274 y 1289 CC».

Llegados a este punto, debemos determinar cuál sería el régimen jurídico aplicable al pacto en virtud del cual una persona asume a título oneroso a favor de otra una obligación de alimentos consistente en el pago de una cantidad de dinero periódica. Dos posibilidades podrían darse: si la causa del contrato fuese la mera liberalidad del obligado, supuesto que en este caso hemos descartado, el contrato podría calificarse bien de donación (si quedase probado el *animus donandi*), en cuyo caso se aplicarían las normas de la misma en defecto de pacto, o de contrato gratuito atípico (ex art. 1255 Cc), único caso en el que a nuestro juicio podrían aplicarse supletoriamente los arts. 142 y siguientes por remisión del art. 153 Cc, siempre y cuando fuesen compatibles con la propia esencia del contrato y con los pactos de las partes); por el contrario, cuando la causa fuese onerosa, como aquí sucede, y teniendo en cuenta que el objeto contractual es una prestación de alimentos, el régimen jurídico aplicable en defecto de pacto sería el previsto en los arts. 1791 y siguientes para los contratos de alimentos, y no el que se desprende del art. 153 Cc.

Hasta hace relativamente poco tiempo, el art. 153 Cc era el único precepto que hacía referencia a los alimentos surgidos del pacto y los sometía a lo establecido en los arts. 142 y siguientes. Por tanto, la regulación para ambas deudas alimenticias, la legal y la convencional, venía a ser la misma, si bien respetando el pacto de las partes. No obstante, las importantes diferencias existentes entre ambas figuras – fundamento, caracteres, etc.–, llevaron a gran parte de nuestra doctrina a poner de relieve la dificultad de la aplicación supletoria de las normas de los alimentos entre parientes a los alimentos convencionales, señalado que tal aplicación subsidiaria debía entenderse muy limitada¹⁰.

Desde la promulgación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y la incorporación al Código civil del contrato de alimentos, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una normativa específica aplicable a los casos en que una persona se obliga voluntariamente y con carácter oneroso a prestar alimentos a otra. Por ello, se sostiene que la aplicación

⁹ STS 20 noviembre 2017 (RJ 5099, 2017).

¹⁰ Por todos, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Pactos...”, cit., p. 318, considera que esta aplicación subsidiaria es inexacta por excesivamente generalizadora y porque sus consecuencias prácticas son desajustadas, entrando las obligaciones convencionales de alimentos en el ámbito de la autonomía negocial quedando sujetas a las normas generales de las obligaciones contractuales.

supletoria del art. 153 Cc a los pactos de alimentos ha sido tácitamente derogada y reemplazada por la regulación específica contenida en los arts. 1791 a 1797 Cc, preferentemente aplicable cuando nada se estipula en el contrato¹¹. Por tanto, en la actualidad, la regulación contenida en los arts. 1791 y siguientes del Cc es la que debe aplicarse supletoriamente a toda deuda onerosa de alimentos voluntarios.

El limitado alcance de la remisión legal que contiene el art. 153 Cc lo declara el propio TS en el FD 4º de la sentencia objeto de este trabajo, donde parece entender que al polémico pacto alcanzado por los cónyuges se le aplican los arts. 1791 y ss (y no los art. 142 y ss). También en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en 2017, mencionada en la sentencia, se establece el carácter supletorio del régimen del contrato de alimentos a cualquier otra obligación de alimentos de origen convencional y asumida con carácter oneroso, salvo pacto específico en contra y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para el caso que se trate (art. 5152-9).

Ahora bien, el hecho de mantener la aplicación de tales normas al pacto conyugal celebrado en este caso, no significa que lo consideremos un contrato de alimentos, por lo menos tal y como lo configura nuestro legislador en los preceptos mencionados. Entre otras razones, porque el objeto de estos contratos consiste en una «asistencia de todo tipo» que suele concretarse, por un lado, en prestaciones económicas –obligaciones de dar-, y por otro, en atenciones personales –obligaciones de hacer-. Además, la variabilidad o adaptabilidad de la prestación a las necesidades del beneficiario es un elemento esencial que configura estos contratos y los separa de otros como los de renta vitalicia¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, no creemos que cuando el objeto de la prestación consista exclusivamente en la simple entrega de una cantidad de dinero fija y periódica, como ocurre en el caso concreto, estemos ante un contrato de alimentos. Esta forma de proporcionar los alimentos haría que el contrato perdiese uno de los rasgos que le otorga su verdadera originalidad, esto es, su función asistencial. En esta misma línea se pronuncia firmemente el TSJ gallego en su resolución de 30 enero 2008¹³, donde considera que es indudable que la asistencia integral que conlleva la prestación mixta de dar y hacer que caracteriza este contrato, poco tiene que ver con la obligación de pagar una renta periódica fija –en concreto, 463,38 euros-. Igualmente, el TS ha destacado la importancia de la vertiente personal del contrato desde sus primeras sentencias¹⁴.

No obstante, esta postura no es unánime, pues hay quien defiende que aun en estos casos el contrato seguiría calificándose como de alimentos, porque la asistencia seguiría constituyendo un aspecto esencial del contrato que lo diferenciaría de la

¹¹ PADIAL ALBAS, A.: “La regulación del contrato de alimentos en el Código civil”, *RDP*, núm. 88, 2004, p. 613.

¹² Sobre el tema puede verse en profundidad, BERENGUER ALBALADEJO, C.: *El contrato de alimentos*, Madrid, 2012, donde se realiza un estudio pormenorizado de la figura.

¹³ STSJ Galicia, 30 enero 2008 (RJ 2009, 3131).

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, la STS 7 abril 1960 (RJ 1960, 1673).

renta vitalicia¹⁵; y hay quien considera que en estos supuestos se trataría más bien de un contrato de renta vitalicia de los arts. 1802 y siguientes¹⁶. Respecto a esta última calificación, la tendencia más actual parece ser la de subsumir bajo el régimen del contrato de alimentos los casos en que la prestación periódica pactada en un contrato de renta vitalicia consista en el pago de una pensión onerosa de alimentos (así lo recoge el art. 5154-1 de la Propuesta de Código civil del año 2017, anteriormente mencionada). Por tanto, aunque se calificaría el contrato como de renta vitalicia, la regulación del mismo sería la de los arts. 1791 y siguientes.

Llegados a este punto, y sin perjuicio de la calificación que finalmente merezca el controvertido pacto –contrato típico o atípico de alimentos, o en su caso, de renta vitalicia- (cuestión que no se resuelve en la sentencia), la consecuencia sería la misma: aplicación del régimen jurídico recogido en los arts. 1791 y ss. Es por ello que a la hora de decidir si el actor gozaba de la facultad de extinguir unilateralmente la obligación, se hace preciso analizar si al amparo de esta regulación cabe el desistimiento unilateral (análisis que lleva a cabo sucintamente el TS en esta sentencia, a pesar de no calificar el contrato como de alimentos -al menos expresamente-).

IV. POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LOS PACTOS DE ALIMENTOS

La cuestión principal que se plantea en la sentencia de 20 de noviembre de 2017, es la de si procede admitir el desistimiento unilateral como causa de extinción de la obligación de alimentos asumida por contrato.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación general que profile los contornos del desistimiento unilateral, sino que su normativa es dispersa y fragmentaria. Incluso la terminología empleada por la doctrina, la jurisprudencia y hasta el propio legislador para referirse a esta institución jurídica, es heterogénea y genera dificultades a la hora de identificar los supuestos en los que se admite¹⁷.

En la medida en que el desistimiento consiste en extinguir, o lo que es lo mismo, poner fin a una relación contractual por voluntad de una de las partes, se configura como una excepción al principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de los contratos (arts. 1091, 1258 y 1256 Cc). Por ello, sólo puede admitirse cuando la ley o el contrato lo prevén expresamente: en el primer caso, estaremos ante un derecho

¹⁵ MARTÍNEZ HENS, H.: “El contrato de alimentos en el Código Civil: reflexión en torno a su sustantividad”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y J.M. GONZÁLEZ PORRAS, vol. 2, 2004, nota 35, o MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 32.

¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, p. 133.

¹⁷ Un tratamiento pormenorizado de las diferencias entre el desistimiento y otros conceptos diversos como la denuncia, la disolución, la renuncia, la rescisión, la resolución y la revocación, puede verse en RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pp. 64-118.

potestativo de origen legal, y en el segundo, ante un derecho de desistimiento convencional.

Anteriormente a la tipificación del contrato de alimentos, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitían, ex art. 1255 Cc, que las partes pactasen la facultad de desistir y los efectos de la misma como posible solución a las desavenencias que no pudieran calificarse como incumplimientos en sentido estricto, sobre todo, en los supuestos de falta de entendimiento o simple incompatibilidad de caracteres entre las partes. La duda se planteaba en defecto de pacto.

Éste es precisamente el problema que surge en el caso analizado en este trabajo, que las partes no pactan la posibilidad de desistir. Tampoco se prevé esta posibilidad en los arts. 1791 y ss reguladores del contrato de alimentos, laguna que a nuestro juicio debería solventarse teniendo en cuenta, por un lado, que la regulación gallega del contrato sí contempla esta posibilidad, y por otro lado, que también se ha recogido expresamente en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (arts. 5152-4 y 5152-6), si bien en este último caso no se trata de un desistimiento *ex lege*, sino convencional, que puede ejercitar aquél a quien se reconoce dicha facultad en el contrato. A nuestro modo de ver, la previsión de la Propuesta no aporta demasiado a la situación actual. Es más, en base a la misma podría llegar a concluirse erróneamente que si no se pacta el desistimiento expresamente a favor de cualquiera de las partes, el mismo no cabría.

Tres opiniones se han defendido respecto a la admisión del desistimiento unilateral en los contratos de alimentos: aquélla que sólo lo admite si las partes lo han previsto en el contrato¹⁸; aquélla que lo admite, aun en defecto de pacto, por considerarlo una facultad inherente a este tipo de contratos por sus especiales características¹⁹; y aquélla que considera que, en defecto de pacto al respecto, sólo se admite en los casos en que la ejecución de la prestación alimenticia se lleve a cabo en régimen de convivencia²⁰.

Las dos primeras posturas son las que también se han venido manteniendo en la doctrina respecto al desistimiento unilateral con carácter general. La tercera, propia del contrato de alimentos, es la que sigue el TS en la sentencia objeto de comentario.

Es importante destacar que tradicionalmente se ha venido defendiendo la posibilidad de generalizar la aplicación del desistimiento a supuestos en los que no existe previsión legal o contractual al respecto. Así, un sector doctrinal encabezado por Díez-PICAZO admitía la posibilidad de desistir libremente en estos casos, pero siempre y cuando la relación obligatoria reuniera los siguientes requisitos: primero, que se tratase de una obligación duradera o de tracto sucesivo; segundo, que se

¹⁸ Por todos, OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: “El contrato de vitalicio y su regulación en la Ley 41/2003 (y en las Normas Forales)”, en *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, coord. por M.A. RUEDA PÉREZ, 2005, pp. 108-109.

¹⁹ Por todos, CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000, p. 269.

²⁰ Por todos, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, 1988, p. 750.

tratase de relaciones que no tuviesen previsto un plazo de duración temporal, de manera que, de acuerdo con la ley y con el negocio jurídico su duración hubiese de ser indefinida; y tercero, que se tratase de relaciones obligatorias en las que existiese un *intuitu personae*, de manera que fundadas en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustrase, apareciese como justa la posibilidad de poner fin a la relación²¹.

Atendiendo a esta teoría, muchos han sido los autores que han visto en el contrato de alimentos las características mencionadas y han estimado que tanto el alimentista como el alimentante pueden desistir aunque ni la ley ni el contrato prevean esta facultad. A esta postura se suman también algunos pronunciamientos de las Audiencias²². Sin embargo, a nuestro parecer, no está tan clara la inclusión del contrato de alimentos entre las relaciones obligatorias a las que se refiere DÍEZ-PICAZO. Si bien no cabe duda de que se trata de un contrato de ejecución continuada y que se basa esencialmente en la confianza que las partes recíprocamente depositan la una en la otra, la cuestión de la duración indefinida es discutible puesto que estos contratos tienen previsto un plazo de duración temporal determinado, que normalmente coincide con el de la vida del alimentista (precisamente ésta es la cuestión que se discute en la sentencia objeto de este trabajo, ya que el esposo alega que se trata de un contrato de duración indeterminada, pero el Supremo entiende que la duración quedó determinada porque se trataba de una obligación vitalicia y por tanto ejecutable hasta el fallecimiento de la alimentista, evento que necesariamente se ha de producir aunque se ignore cuándo). No obstante, si se interpretara que la prestación de alimentos es de duración indeterminada, aunque esté limitada en el tiempo, se podría incluir el contrato entre los que DÍEZ-PICAZO considera susceptibles de ser libremente desistidos.

La última de las posturas a la que nos hemos referido antes, es aquella que considera que el desistimiento debe admitirse al menos en los casos en que exista convivencia, aunque no haya previsión contractual. Tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales han venido admitiendo el desistimiento cuando los alimentos se prestaban «en régimen de convivencia» entre alimentista y alimentante²³. Y ésta parece ser también la postura que mantiene el Tribunal Supremo en el caso litigioso. Según señala, «[e]n ausencia de previsión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación

²¹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 2008, p. 1087. ESPIAU ESPIAU, S.: “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, *Ar. C.*, 1998-I, pp. 118-120, explica que la concurrencia de estos presupuestos posibilita el desistimiento, pero además es necesario que su ejercicio se ajuste a una serie de requisitos establecidos por el TS: debe tratarse de una facultad recíproca para ambos contratantes, y su ejercicio debe ajustarse a la buena fe y a la equidad. En cuanto a si debe concurrir justa causa, la corriente jurisprudencial mayoritaria se inclina por la negativa.

²² Entre otras, SAP Valladolid, 28 junio 1996 (AC 1996, 1500) o SAP La Rioja, 31 julio 1997 (LA LEY 11333, 1997).

²³ *Vid.*, STS 2 julio 1992 (RJ 1992, 6502) y SSAP Córdoba, 29 marzo 1995 (AC 1995, 419) o La Rioja, 31 julio 1997 (LA LEY 11333, 1997).

[...] porque en la obligación de pagar periódicamente una renta no juega la especialidad de la prestación de alimentos en régimen de convivencia, que permitiría, en las condiciones apuntadas anteriormente, aun sin pacto expreso, reconocer la facultad de desistimiento» (FD 6º, ap. 3).

Por nuestra parte, no consideramos apropiado tal argumento para justificar la posibilidad o imposibilidad de desistir, de forma que si los contratantes conviven bajo el mismo techo pueda ejercitarse esta facultad, estando prohibido su ejercicio en caso contrario. A nuestro modo de ver, la concesión de la facultad de desistir estaría igualmente justificada en los casos en que los alimentos no se prestasen en régimen de convivencia porque la relación seguiría implicando cuidados y asistencia de índole personal a favor del alimentista y, por tanto, el contrato seguiría basándose en la relación de confianza *inter partes*.

Caso distinto es el que acontece en la sentencia comentada, donde, además de no haber convivencia, la prestación del alimentante (D. Gonzalo) consiste simplemente en el pago de una cantidad de dinero fija, sin que se dé relación alguna entre las partes más que la de índole estrictamente patrimonial. Como afirma un sector de la doctrina, en estos supuestos la posibilidad de desistir perdería parte de su fundamento puesto que el *intuitu personae* quedaría diluido, aunque seguiría subsistiendo el carácter duradero de la relación²⁴. Por otro lado, respecto a los contratos de renta vitalicia, la doctrina considera que permitir al deudor desligarse del contrato se opone al carácter oneroso y aleatorio del mismo, y por tanto debe rechazarse su admisión implícita o tácita, aunque se admita el pacto expreso²⁵.

Para excluir en el caso concreto la posibilidad de desistir, el TS mantiene como segundo argumento el comentado por nosotros más arriba, esto es, que la obligación no carece de plazo de duración sino que el mismo se hace depender de un acontecimiento incierto del género *certus an, incertus quando* (la muerte de una persona). Sobre esto concluye: «Dado precisamente ese carácter subsidiario del salario, aunque se pudiera entender que la obligación se pactaba hasta la edad de jubilación de la esposa y no hasta su fallecimiento, es evidente que antes de ese momento la sola voluntad del obligado no permitiría extinguir la relación. No solo por tener plazo de duración sino porque en caso contrario quedaría en sus manos la subsistencia del pago de la cantidad mensual pactada, algo que el convenio quiso evitar al declarar que se “garantizaba” a la esposa la prestación mensual tanto si la contrataba, como si no lo hacía como si, después de contratarla ponía fin al contrato por cualquier causa».

Excluida la posibilidad de desistir unilateralmente, la única vía para que el obligado consiguiera modificar o extinguir su deuda alimenticia sería, tal como se apunta en la sentencia, el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del nacimiento de la obligación (extremo que en este caso fue descartado en apelación y el recurrente ya no plantea en casación).

²⁴ Por todos, CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato...*, cit., p. 270.

²⁵ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La renta ...*, cit., pp. 153 y 190.

Sobre esta cuestión simplemente apuntaremos que, por lo que se refiere a los contratos típicos de alimentos, otorgarle al alimentante la posibilidad de desistir cuando las circunstancias iniciales hubiesen cambiado tanto con el tiempo que no estuviera dispuesto a asumirla, sería ofrecerle la posibilidad de eludir los riesgos que asumió cuando contrató, esto es, la aleatoriedad del contrato (que no olvidemos es esencial). Por ello, la única vía que le quedaría para librarse de su obligación sería acudir a la revisión judicial del contrato en virtud de la cláusula «rebus sic stantibus».

En relación a dicha cláusula la sentencia recurrida señala que, a pesar de que las medidas adoptadas en convenio regulador pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, «no concurren en el caso los presupuestos para la aplicación de la cláusula “rebus” porque las posibles alteraciones que hayan podido experimentar las partes desde el divorcio obedecen al devenir de los negocios cuya titularidad ostentaban y al entramado de complejas relaciones económicas y diferentes interpretaciones que sobre las mismas mantienen, que han dado lugar a varios procedimientos judiciales entre ellos, fundamentalmente los dirigidos a la extinción de la copropiedad de las acciones y participaciones de diferentes sociedades». Por tanto, no considera que se den los presupuestos básicos para aplicar esta cláusula.

A modo de reflexión final y sin el detenimiento que merece la cuestión, apuntaremos que dada la actual interpretación de dicha cláusula mantenida por la Sala Primera del TS desde 2014 y tendente a su aplicación normalizada²⁶, llama la atención que la Audiencia Provincial le dedique tan poco tiempo en su sentencia de 2016. Quizá sea porque en los pactos alimenticios incluidos en convenio regulador, por ello de que son negocios jurídicos de Derecho de familia y tienden a satisfacer necesidades vitales, sea preferible mantener la postura tradicional y más restrictiva sobre su aplicación. Pero esto es sólo una mera conjetura de quien suscribe, ya que también podría obedecer, simplemente, a que la Audiencia considera que el desequilibrio prestacional se genera por la propia voluntad de las partes a la hora de regular y liquidar las complejas, y no claramente explicadas, relaciones económicas que mantienen, y no a una alteración sobrevenida de las circunstancias en el momento de cumplir las obligaciones en relación con las existentes al tiempo de la perfección del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.

BERENGUER ALBALADEJO, C.: *El contrato de alimentos*, Madrid, 2012.

CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000.

COBACHO GÓMEZ, J.A.: *La deuda alimenticia*, Madrid, 1990.

²⁶ Vid., SSTTS 30 junio 2014 (RJ 2014, 35260) y 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 2008.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Pactos en materia de alimentos”, *ADC*, t. XXIV, fasc. II, abril-junio, Madrid, 1971.

ESPIAU ESPIAU, S.: «La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial», *Ar. C.*, 1998-I.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, vol. VI, 2008.

MARTÍNEZ HENS, H.: «El contrato de alimentos en el Código Civil: reflexión en torno a su sustantividad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y J.M. GONZÁLEZ PORRAS, vol. 2, 2004.

MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: *El contrato de alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia*, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid, 2002.

NÚÑEZ ZORRILLA, M^a.C.: “Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código civil sobre el contrato de alimentos vitalicio”, *RGLJ*, año 152, núm. 3, 2005.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: “El contrato de vitalicio y su regulación en la Ley 41/2003 (y en las Normas Forales)”, en *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados: Valencia, 12,19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, coord. por M.A RUEDA PÉREZ, 2005.

PADIAL ALBAS, A.: “La regulación del contrato de alimentos en el Código civil”, *RDP*, núm. 88, 2004.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3, 1988.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991.



LA MODIFICACIÓN DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS Y SU REPERCUSIÓN EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

THE CHILDREN'S NEEDS MODIFICATION AND ITS IMPACT ON THE ALIMONY

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ
Profesora Titular (Acreditada) de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid
ccallejo@ucm.es

RESUMEN: Este trabajo examina la modificación de la pensión de alimentos a favor de los hijos a causa del aumento o disminución de sus necesidades, con especial atención a la influencia que puede tener la percepción de recursos propios por el alimentista, distinguiendo si se trata de un hijo menor o mayor de edad, o bien mayor pero que tiene alguna discapacidad. Asimismo, se analiza si todo aumento de las necesidades de los hijos permite fundar la pretensión de incremento de la pensión, y hasta qué punto los padres deben atenderlas si no ha aumentado proporcionalmente su capacidad económica desde que se fijó la pensión.

PALABRAS CLAVE: Alimentos, hijos, modificación, necesidades de los hijos, menor de edad, discapacidad.

ABSTRACT: This paper examines the alimony modification in favor of the children due to the increase or decrease of their needs, focusing on the influence of the perception of resources that the food provider can have, distinguishing between under age adult, adult, or disabled adult. Likewise, it is analyzed if every increase in the children needs allows the intention to rise the alimony, and to what extend the parents must look after them if there is not a proportional increase in the economic capacity since the alimony was established.

KEY WORDS: Food, children, modification, children needs, under age, disability.

FECHA DE ENTREGA: 07/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. LA MODIFICACIÓN DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS.- II. LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ¿CONSTITUYE EN TODO CASO PRESUPUESTO DE LA MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA?- III LA DISMINUCIÓN DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS Y LA PERCEPCIÓN DE RECURSOS PROPIOS.- 1. Introducción.- 2. Percepción de recursos propios por el hijo menor de edad.- 3. Percepción de ayudas por el hijo discapacitado.- 4. Percepción de ingresos por el hijo mayor, pero en cuantía que no permite apreciar suficiencia económica.- IV. EL AUMENTO DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS.

I. LA MODIFICACIÓN DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS

Para determinar la cuantía de la prestación de alimentos a favor de los hijos ha de partirse de dos presupuestos: la capacidad, medios y disponibilidad económica de los progenitores; y las necesidades del hijo (art. 146 CC). Ahora bien, a pesar de la aparente paridad entre la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista, como matizó la STS 16 noviembre 1978¹, lo que el artículo 146 CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente las necesidades del alimentista, puestas en relación con el patrimonio de quien ha de prestar los alimentos. Si el alimentista es un hijo menor de edad, ha de prevalecer su interés sobre el de sus progenitores (STS 6 julio 2004)², teniendo carácter meramente indicativo lo dispuesto en los artículos 146 y 147 CC³.

Por ello, si cambian esas necesidades, siempre que tal cambio constituya una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al fijar la pensión⁴, procederá su modificación para ponderar este hecho (art. 147 CC), tomando en consideración que “las necesidades son el techo último de los alimentos y que estas con el crecimiento y la evolución, no aumentan o disminuyen sino que simplemente se transforman, dando paso unas que desaparecen a otras que van surgiendo” (SAP Madrid 9 febrero 2012)⁵. Este cambio puede afectar a cualquiera de los conceptos que integran el contenido de la obligación de alimentos recogidos en el artículo 142 CC (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción), lo que implica valorar las circunstancias personales de los hijos que se han alterado desde la fijación de la pensión (edad, posibles enfermedades o dolencias, nuevas necesidades de formación y estudios, etc.). Si hay varios hijos que perciben alimentos, será necesario justificar la modificación de las necesidades de

¹ STS 16 noviembre 1978 (RJ 1978, 3511).

² STS 6 julio 2004 (RJ 2004, 4336).

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 146 del Código Civil”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, versión electrónica, BIB 2009, 5229, p. 1.

⁴ Sobre los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para estimar que existe una alteración sustancial de las circunstancias que permite fundar la modificación *vid.* SAP Cádiz, Secc. 5ª, 4 abril 2017 (JUR 2017, 160209).

⁵ SAP Madrid, Secc. 24ª, 9 febrero 2012 (JUR 2012, 110363).

cada uno de ellos para aumentar o disminuir la pensión que le corresponda⁶.

Tratándose de hijos mayores de edad, todas estas cuestiones se enmarcan dentro del debate que intenta delimitar donde se halla la frontera que marca lo jurídicamente exigible: bajo qué condiciones ya se encuentran capacitados para afrontar su propia autonomía económica, o pueden seguir exigiendo alimentos a sus progenitores, e incluso su aumento, imponiéndoles su interés en continuar su formación, o esperar mejores oportunidades de empleo. Por eso, el mero hecho de alcanzar una cierta edad, atendidas las circunstancias concurrentes -generalmente la finalización de la formación-, permite acordar en muchos casos, no ya la extinción de la pensión de alimentos, si no se dan los presupuesto para ello, pero sí una modificación, tanto en su cuantía como en su duración, lo que se puede traducir en una reducción de la pensión y en la determinación de un límite temporal máximo de percepción (SAP Asturias 1 febrero 2016, SSAP Salamanca 24 octubre 2016 y de 17 noviembre 2017 y SAP Málaga 18 enero 2017)⁷.

Por lo demás, el mantenimiento de los alimentos exige que el hijo mayor de edad emplee la debida diligencia en su formación o, en su caso, en la búsqueda de un empleo. De ahí que, cuando la necesidad provenga de la mala conducta del alimentista o de su falta de aplicación al trabajo, situación a la que se equipara el no haber terminado su formación por una causa que le sea imputable, estaremos ante una causa de extinción de esta obligación. Asimismo, aunque no se prevé la reducción de la cuantía de la prestación alimenticia por estos motivos, sino que esta circunstancia se tiene en cuenta sólo para la extinción en la hipótesis contemplada en el artículo 152.4º y 5º CC, a nuestro juicio, no hay obstáculo para admitir esta posibilidad⁸.

II. LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ¿CONSTITUYE EN TODO CASO PRESUPUESTO DE LA MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA?

El apartado tercero del artículo 90 CC, redactado por la disposición final primera apartado 23 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dispone que “las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o

⁶ Como señala ROGEL VIDE, C.: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus, Madrid, 2012, p. 87, “el equilibrio y la proporción a guardar entre la posición de alimentante y alimentista y la de los alimentistas entre sí no es óbice para que, si las circunstancias de estos últimos son diversas, diversos sean también los alimentos que perciban, sin que ello implique, por si solo, causa alguna de discriminación”.

⁷ SAP Asturias, Secc. 4ª, 1 febrero 2016 (JUR 2016, 38208), SSAP Salamanca, Secc. 1ª, 24 octubre 2016 (JUR 2016, 274879) y 17 noviembre 2017 (JUR 2018, 30183) y SAP Málaga, Secc. 6ª, 18 enero 2017 (JUR 2017, 269476).

⁸ Coincidimos con CUENA CASAS, M.: “Comentario del artículo 147 CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. I, (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1488, que también admite esta posibilidad.

el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial⁹ o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”¹⁰.

Este precepto recoge ciertas novedades en la regulación de la modificación de las medidas adoptadas en convenio regulador y las fijadas por la autoridad judicial en defecto de acuerdo de los cónyuges. Por una parte, en consonancia con la novedosa admisión del convenio regulador otorgado ante letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública, que se regula en los artículos 82 y 87 CC, se prevé la modificación de las medidas así acordadas por un nuevo acuerdo de la misma naturaleza, sujeto a los mismos requisitos exigidos para su formalización inicial. Y por otra parte, en relación a las medidas adoptadas por el juez en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges judicialmente, frente a la redacción anterior en que se exigía una alteración sustancial de las circunstancias¹¹, ahora se establece que podrán ser modificadas cuando *“así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”*¹².

Sin embargo, el artículo 91 CC, que no experimentó modificación alguna con la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, dispone, respecto a las medidas adoptadas por el juez en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, en defecto de acuerdo de los

⁹ La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modifica el artículo 440 de la LOPJ sustituyendo la denominación de Secretarios judiciales por la de letrados de la Administración de Justicia, y establece en la disposición adicional primera que a partir de su entrada en vigor, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales deberán entenderse hechas a letrados de la Administración de Justicia.

¹⁰ Como ya apuntó RAMS ALBESA, J.: “Comentario al artículo 90 CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por J. Rams Albesa, J. y coord. por R. Moreno Flórez), T. II, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 911, en relación con la redacción anterior de este precepto, pero cuyo comentario se puede aplicar a la actual, “tiene una difícil lectura ya que presenta un fuerte contraste respecto del párrafo anterior y por lo que resulta de difícil interpretación, en el plano racional y en el funcional. Si se refiere a la modificación de las medidas acordadas por el juez [en defecto de acuerdo] ésta no es su sede natural, estamos ante materia que es propia del artículo siguiente; si se toma en su conjunto y para cualquier modificación, puede hacerse decir que para éstas, vale tanto la intervención judicial, cuanto para un acuerdo convencional entre los ex-consortes. Con toda evidencia esto no puede ser ni aproximadamente así”.

¹¹ El artículo 90.3 CC, en su redacción anterior a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, decía: “Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

¹² La *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, contempla la modificación de medidas definitivas en el artículo 219-3, y en el apartado primero establece: “Tanto las medidas adoptadas en convenio regulador como las adoptadas por la autoridad judicial en defecto de acuerdo entre los cónyuges pueden ser modificadas por nueva resolución judicial, a instancia de uno o ambos cónyuges, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias contempladas en los mismos, o así lo requieran las necesidades de los hijos” (CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Capítulo IX del Título I del Libro segundo de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mayo 2017, p. 43).

Disponible en: <http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017>

cónyuges o en caso de no aprobación, que “podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

En el mismo sentido, el artículo 775.1 LEC, se refiere a la legitimación para instar un proceso de modificación de medidas definitivas, tanto si estas se acordaron por los cónyuges como si se señalaron por el juez a falta de acuerdo, y exige también la variación sustancial de las circunstancias. Este precepto ha sido redactado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo único, apartado 72, y la única modificación que introdujo fue para precisar que la solicitud debe dirigirse al tribunal que acordó las medidas definitivas, ya que, en la redacción anterior, de forma imprecisa, solo se refería al tribunal, pero sin señalar cual. Por su parte, el apartado segundo del artículo 775 LEC dispone que, si la petición de modificación judicial se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, se seguirá el trámite consensuado del artículo 777 LEC, lo que supone la necesidad de presentar un nuevo convenio regulador en el que se contenga la modificación pretendida. En el contencioso, que debe tramitarse por los trámites del juicio verbal con las especificaciones recogidas en el artículo 770 LEC, se presentará la demanda por quien pretenda la modificación, con oposición de la otra parte.

Y el artículo 777 LEC, relativo a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, en su apartado 9 dispone que, “la modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 775”.

Además, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha añadido un nuevo apartado 10 al artículo 777 LEC, relativo a los supuestos en que la competencia fuera del letrado de la Administración de Justicia (arts. 82 y 87 CC), que en su último párrafo dispone que “la modificación del convenio regulador formalizada por el Secretario judicial se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurren los requisitos necesarios para ello”.

Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, el sistema resultaba más coherente, pues, en consonancia con la flexibilización de criterio respecto a los presupuestos habilitantes para llevar a cabo una modificación de las medidas adoptadas por el juez a falta de acuerdo de los cónyuges, incorporaba también la reforma de los artículos 91 CC y 775.1 LEC, para hacer referencia, en ambos casos, a las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges, suprimiendo la referencia clásica en todos los preceptos a la “alteración sustancial de las circunstancias”¹³.

¹³ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 90 CC”, en AA. VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 256.

A nuestro juicio, de la interpretación conjunta de los artículos 90.3 y 91 *in fine* CC y 775.1 LEC se deriva que como regla general la modificación de las medidas definitivas adoptadas por el juez en defecto de acuerdo o convenidas por los cónyuges judicialmente requieren como presupuesto una alteración sustancial de las circunstancias¹⁴. Como señala la SAP Cádiz, 4 abril 2017¹⁵, la institución de la cosa juzgada, “entraña la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aún recaída en proceso de distinta naturaleza”. Esta institución, continúa la Audiencia, no es extraña a los litigios matrimoniales, “sin que las previsiones que contienen los artículos 90, 91, 100 y 101 del Código Civil puedan entenderse como derogación o atenuación de tal institución, a especie de anómalo cauce impugnatorio, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos que alcanzaron definitiva firmeza. Y así las antedichas previsiones legales no permiten dejar sin efecto o modificar, cualitativa o cuantitativamente, las medidas complementarias establecidas en una sentencia firme de separación, divorcio o nulidad, subsistiendo los mismos factores que las condicionaron, dado que tal vía modificativa sólo viene habilitada en aquellas hipótesis en que las circunstancias determinantes de la originaria adopción de los efectos complementarios hayan experimentado un cambio sustancial”¹⁶.

Las circunstancias a que ahora se refiere el artículo 90.3 CC no excluyen, como se deriva de los artículos 91 CC y 775.1 LEC, la necesidad de acreditar la alteración de las concurrentes cuando se acordaron. La referencia en el texto vigente a las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges constituye, en definitiva, una manifestación de circunstancias nuevas, diferentes de las existentes cuando se suscribió el convenio¹⁷ o se establecieron por el juez en defecto de acuerdo¹⁸. Como afirma el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de abril de

¹⁴ En este sentido, SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. Linacero de la Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 674; AFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: “Comentario de los artículos 90 y 91 CC”, en AA. VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), vol. I, 2ª ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 510.

¹⁵ SAP Cádiz, Secc. 5ª, 4 abril 2017 (JUR 2017, 160209).

¹⁶ Sin embargo, GARCÍA VARELA, R.: “Comentario del artículo 90 CC”, en AA. VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), T. 2, Bosch, Barcelona, 2006, p. 53, considera que “las medidas adoptadas, judicial o convencionalmente, para regular los efectos de la nulidad, separación o divorcio, no están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y, en su consecuencia, cabe su modificación por cambio de circunstancias”. En el mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Medidas económicas”, cit., p. 672.

¹⁷ CASTILLA BAREA, M.: “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), vol. II, 2ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 400.

¹⁸ No obstante, como destaca PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Modificación de medidas. De la custodia individual a la custodia compartida”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 77, 2017, edición electrónica, p. 3, lo cierto es que no queda clara la intención del legislador lo que conducirá a que nos encontremos con sentencias que “apoyándose en los artículos modificados accederán a peticiones

2016¹⁹, la nueva redacción dada al artículo 90.3 CC “viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto”. En efecto, en los últimos años, la jurisprudencia, con relación a las medidas personales relativas a los hijos, aplicaba el criterio de la alteración sustancial de las circunstancias con mayor flexibilidad, en aras a la mejor protección del interés del menor (entre otras, SSTS 25 noviembre 2013 y 22 octubre 2014)²⁰. Sin embargo, tratándose de medidas que afectan a otros ámbitos, como los alimentos, sí se precisa que el cambio sea sustancial, de forma que será presupuesto necesario para que prospere la pretensión de modificación de la prestación de alimentos tal alteración sustancial de las circunstancias²¹.

No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina, tal exigencia se mantiene estrictamente en los procesos contenciosos, pero se relaja en los consensuados, en los que se puede hablar de una “flexibilización” en la acreditación de este presupuesto²². Es más, el artículo 777 LEC, relativo a la separación y divorcio

de cambio, aunque no haya alteración sustancial de circunstancias, y en cambio otras, seguirán manteniendo el mismo criterio que hasta ahora”.

¹⁹ STS 12 abril 2016 (RJ 2016, 1336).

²⁰ SSTS 25 noviembre 2013 (RJ 2013, 7873) y 22 octubre 2014 (RJ 2014, 5023).

En relación a la protección, guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, la jurisprudencia ya admitía la modificación de medidas cuando así lo aconsejase el interés del menor en consonancia con los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que declaran la preeminencia del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, convirtiéndose en pauta de actuación de los poderes públicos [CORDERO CUTILLAS, I.: *El convenio regulador en las crisis matrimoniales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 172]. Por ejemplo, la STS 26 junio 2015 (RJ 2015, 2658) admitió la sustitución de la custodia individual por la custodia compartida en un procedimiento de modificación de medidas fundado en la evolución de la hija, a pesar de que no había transcurrido un año desde la sentencia que atribuía la custodia a la madre. Al tratarse de un cambio de custodia, presidido por el superior interés del menor, el Tribunal Supremo entiende que no se exige que haya habido alteración sustancial de las circunstancias, sino sólo la mera evolución de la menor y que se prevea que la custodia compartida es el régimen que más le beneficia.

²¹ En este sentido, APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 288. En su opinión, la modificación del artículo 90 CC no ha supuesto ningún cambio reseñable a la hora de abordar la modificación de la pensión de alimentos de los hijos.

²² PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, T. IV, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 54; GARCÍA VARELA, R.: “Comentario del artículo 90 CC”, cit., p. 53. MONTERO AROCA, J.: *El convenio regulador en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 321 y 323, entiende que existe un error en el art. 90.3 CC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, pues si existe un nuevo convenio no es precisa la concurrencia de ese cambio de circunstancias para su aprobación por el juez, sin perjuicio de que, tratándose de medidas relativas a los hijos, deba velar para que el nuevo acuerdo no sea perjudicial a ellos. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1995”, *CCJC*, núm. 40, 1996, p. 25, considera que el artículo 90 CC se refiere únicamente a aquellas materias en las que los cónyuges o ex cónyuges pretenden unilateralmente la alteración del convenio y a aquellos cambios producidos de mutuo acuerdo que sean tan trascendentales, que necesiten el respaldo judicial para obtener plenas garantías. Sin embargo, no será necesaria respecto de aquellas

solicitados de mutuo acuerdo, o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, no requiere expresamente la alteración sustancial de las circunstancias. Los cónyuges habrán de exponer motivadamente las razones que justifican la pertinencia del nuevo acuerdo, distinto del inicial, pues pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surjan como consecuencia del divorcio o la separación, en tanto el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, permite a los cónyuges acordar lo que estimen más adecuado a sus intereses (SSTS 30 de abril 2013 y 4 noviembre 2011)²³; de ahí que la acreditación del cambio de circunstancias no parezca necesaria para la modificación de los aspectos patrimoniales libremente disponibles por las partes, “desde el momento en que la jurisprudencia viene admitiendo con gran amplitud la posibilidad de que los cónyuges complementen o modifiquen el contenido del convenio en otros pactos y acuerdos posteriores para los que no se requiere forma especial ni requisito adicional alguno”²⁴. Ahora bien, tratándose de medidas relativas a los hijos menores no emancipados o mayores con su capacidad modificada judicialmente, como son las relativas a los alimentos, su variación ha de estar presidida por el *favor filii*, y sometidas al control judicial, y desde esta perspectiva ha de interpretarse la valoración de la alteración sustancial de las circunstancias, en tanto responda a una razón suficientemente atendible²⁵ que reciba el respaldo judicial. En todo caso, las nuevas medidas pactadas por los cónyuges sólo serán aprobadas si no resultan dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90.2.1 CC)²⁶.

Ahora bien, para la modificación de las medidas acordadas en convenio regulador otorgado ante letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario a través de un nuevo acuerdo en el que se cumplan los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 CC (art. 90.3 CC), no se exige la alteración sustancial de las circunstancias concurrentes cuando se acordó el convenio que se pretende modificar. Por lo tanto, para la modificación de los alimentos de los hijos emancipados o mayores de edad, que se hubieran convenido en esta forma, no se precisará la acreditación de tal presupuesto, sino que bastará la voluntad acorde de

alteraciones del convenio que se refieran a materias no trascendentales, que los cónyuges realicen de mutuo acuerdo, para adaptarlo a las nuevas circunstancias o a sus intereses, sean o no, una y otras, sustancialmente distintas a las que existían en el momento en el que el juez homologó el convenio.

²³ SSTS 30 abril 2013 (RJ 2013, 4607) y 4 noviembre 2011 (RJ 2012, 1248).

²⁴ CASTILLA BAREA, M.: “Disposiciones comunes”, cit., p. 400.

²⁵ CASTILLA BAREA, M.: “Disposiciones comunes”, cit., p. 400.

²⁶ Como señala DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al artículo 90 CC”, cit., p. 257, ha sido voluntad del legislador suavizar ahora, en todo caso, la tradicional exigencia de alteración sustancial de circunstancias, y “de la interpretación conjunta de los arts. 90.3º, 91 in fine y 775 LEC se deriva que si las medidas se adoptaron en procedimiento judicial sería preciso que la modificación viniera aconsejada por las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges, al menos si la solicita uno de éstos, con la oposición del otro, sin perjuicio de que, en caso de que ambos los insten de mutuo acuerdo, se flexibilice tal exigencia, al menos en lo relativo a las medidas personales sobre los hijos menores (patria potestad, custodia y relaciones personales), siempre que se haga prevalecer su interés sobre el de los progenitores” .

las partes²⁷, consentida por el hijo, al tratarse de una medida que le afecta por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (art. 82.1.2 CC), siempre que tales fedatarios públicos no consideren que la modificación pudiera ser dañosa o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados (art. 90.2.3 CC).

III. DISMINUCIÓN DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS Y PERCEPCIÓN DE RECURSOS PROPIOS

1. Introducción

La disminución de las necesidades de los hijos puede venir provocada por una reducción de sus gastos, como pueden ser los relacionados con los estudios y formación (por ejemplo, el cambio de un colegio privado a uno público o concertado²⁸, o el paso de un colegio privado a una universidad pública, obtención de una beca, etc.) o con necesidades de otro tipo (desaparición de la necesidad de contratar una persona que cuide del hijo menor, etc.)²⁹. Pero también cabe que sus necesidades pasen a estar cubiertas, en todo o en parte, por la percepción de recursos propios. Ahora bien, en este caso, será preciso deslindar si la consecuencia de tal percepción tiene algún efecto modificativo e incluso extintivo sobre la prestación alimenticia.

²⁷ Así lo entiende también CASTILLA BAREA, M.: “Disposiciones comunes”, cit., p. 401, cuando dice que “la modificación del convenio, siempre que sea fruto de un nuevo acuerdo de los cónyuges, consideramos que podrá igualmente tramitarse o ante el propio Secretario judicial que dictó el decreto, o ante un Notario competente (sea el mismo u otro distinto del que autorizó la correspondiente escritura de separación o divorcio) y sin necesidad de acreditar extremo alguno distinto de la propia voluntad de los que solicitan de consuno la modificación”.

En la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se contempla la modificación de medidas definitivas en el artículo 219-3. Como hemos recogido anteriormente, en su apartado primero, se refiere a las medidas adoptadas en convenio regulador y las adoptadas por la autoridad judicial en defecto de acuerdo entre los cónyuges, para las que prevé que se podrán modificar por nueva resolución judicial siempre que se alteren sustancialmente las circunstancias contempladas o así lo requieran las necesidades de los hijos. Y en el apartado tercero se refiere a las contenidas en convenio regulador autorizado por letrado de la Administración de Justicia o formalizado en escritura pública notarial, y prevé que “pueden ser modificadas por un nuevo acuerdo de los cónyuges, sometiéndose a los mismos requisitos exigidos para el otorgamiento de dicho convenio. De no alcanzarse dicho acuerdo, cualquiera de las partes puede instar su modificación al juez” (CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Capítulo IX*, cit., p. 38). Por lo tanto, no se requiere la alteración sustancial de las circunstancias, sino sólo el acuerdo con los mismos requisitos exigidos para el otorgamiento del convenio.

²⁸ Como sucede en el supuesto contemplado en la SAP Madrid, Secc. 22ª, 5 diciembre 2014 (JUR 2015, 19999).

²⁹ Así, se considera que el ingreso de la hija en un noviciado constituye una modificación de las circunstancias que justifica la disminución de la pensión de alimentos, pues si bien su vocación religiosa no puede considerarse aún como definitiva puesto que la postulante puede retractarse, sí que se han alterado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de acordar el convenio regulador, pues los gastos que ocasiona su mantenimiento han disminuido (SAP Lérida, Secc. 1ª, 18 junio 1999 (AC 1999, 7134).

Durante la mayoría de edad, la percepción de recursos por el hijo puede dar origen a la extinción de la obligación de alimentos. El artículo 152.3 CC dispone que cesará la obligación de dar alimentos, “cuando el alimentista haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”. Y, en relación con los hijos emancipados o mayores de edad, el artículo 93.2 CC dispone que, si convivieran en el hogar familiar y “carecieran de recursos propios”, el juez, en la misma resolución de separación o divorcio, fijará los alimentos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Por lo tanto, si el hijo es mayor de edad, y los recursos que percibe hacen desaparecer la necesidad que justifica la obligación de alimentos, se extingue esta³⁰. Pero si esos recursos no le permiten ser independiente económicamente, y la necesidad no ha sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 noviembre 2008)³¹, la percepción de los mismos puede constituir una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se señaló la pensión, y podrá solicitarse su modificación, ya sea la disminución o la suspensión.

Sin embargo, si el hijo es menor, la percepción de recursos no extingue el deber de alimentos, pero sí puede motivar la suspensión del abono de la pensión o la disminución de su cuantía.

2. Percepción de recursos por el hijo menor

Sin perjuicio de la obligación del menor de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella (art. 155.2 CC), el deber alimenticio de los padres respecto a sus hijos se reconoce y mantiene incluso si el menor tiene suficientes ingresos para hacer frente a sus necesidades, pues durante la minoría de edad, la obligación existe incondicionalmente, de forma que, como hemos apuntado, este hecho no puede originar su extinción³². Sin embargo, ello no es irreconciliable con la suspensión del pago de alimentos de los padres cuando estuviese garantizado que las rentas del menor cubren todas sus necesidades³³, como acordó el Tribunal Supremo en la

³⁰ En la Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial, p. 10 (disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>) se consideran hijos dependientes económicamente todos los menores de 16 años si al menos uno de los padres es miembro del hogar y los que tienen 16 y más años pero menos de 25 y son económicamente inactivos, de nuevo si al menos uno de los padres es miembro del hogar. En definitiva, se define como hijo dependiente a aquel que precisa económicamente de un apoyo bien por razones de edad, bien por razones laborales.

³¹ STS 5 noviembre 2008 (RJ 2009, 3).

³² Como señala BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, p. 30, “cuando da cumplimiento a los deberes inherentes a la patria potestad, los alimentos son prestados al hijo aunque este sea titular de un patrimonio y more en el hogar familiar”.

³³ CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en

Sentencia 24 octubre 2008³⁴. En ella acuerda tal suspensión del pago de la pensión por el padre a favor de su hija menor de edad, que había recibido una beca de la Federación Española de Gimnasia, por estimar que lo que percibe por cuenta de dicha beca es suficiente para cubrir sus necesidades. Siguiendo la doctrina que mantuvo en la STS 5 octubre 1993, señala que la Sala “ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código Civil), aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (art. 110 del Código Civil), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 del Código Civil— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación”. Ahora bien, la Sala añade que cuando el menor tiene ingresos propios, considerados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción. En el supuesto debatido, el progenitor no alega ningún tipo de dificultad económica, sino la existencia de ingresos suficientes de la menor para atender las necesidades personales. Por otra parte, se incide en que no se trata de una simple beca de educación sino de una prestación más amplia, que no solamente cubre de modo casi total durante el año las necesidades de la menor relacionadas con su alojamiento y manutención, sino que supone además la existencia de unos ingresos mensuales en metálico “de importancia para una persona de la edad de la hija”, suficientes para cubrir las restantes necesidades de tipo personal, convirtiendo en innecesaria para los mismos fines la prestación económica a cargo del padre en tanto subsista la situación de la menor. Además, se hace notar que el estatus de la menor ha sido mutuamente aceptado por ambos progenitores, y por la propia interesada, teniendo así la suspensión de la pensión cabida en las desventajas ligadas a una decisión adoptada en el ámbito de la libertad y autonomía del individuo, quien ha optado por un modelo de vida que le satisface, incluso en el plano económico,

AA. VV.: *Tratado de Derecho de la familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), vol. II, 2ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 542.

³⁴ STS 24 octubre 2008 (RJ 2008, 5794).

más que lo que le incomoda la no percepción de la pensión alimenticia a cargo de su padre.

De esta sentencia cabe concluir, como destaca la doctrina, que “el hecho de que un hijo sea menor de edad y no esté emancipado no supone *per se* que siempre y en todo caso exista la obligación a cargo de sus progenitores de prestarle alimentos cuando, por las razones que fuese, tuviera rentas o patrimonio bastante para atender a sus necesidades”³⁵. El órgano judicial deberá valorar la concreta situación de necesidad del alimentista, y en función de las circunstancias concurrentes decretar, si así lo estima procedente, no el cese, pero sí la suspensión de la percepción³⁶.

En el mismo sentido, la SAP Barcelona 25 marzo 2015³⁷ estima la solicitud de suspensión de la obligación alimenticia a favor del hijo menor, de 16 años, mientras se encuentre interno en un centro de reforma por resolución del juzgado de menores. Esta suspensión quedará automáticamente levantada cuando el menor se reintegre al núcleo familiar de la madre.

Distinto es el supuesto analizado en la SAP Gerona 19 octubre 2011³⁸, que estima la disminución, pero no la suspensión, de la pensión, porque después de la sentencia de divorcio que fijó la pensión de alimentos, el hijo menor ha obtenido una beca de la sección de baloncesto del FC Barcelona, pasando a residir en la Masía del citado club durante toda la semana, asumiendo dicho club los gastos de estancia, manutención y estudios del mismo para esta temporada, pues con ella no se cubren todas sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, e incluso otras necesidades de tipo personal.

3. Percepción de ayudas por el hijo discapacitado

En relación al hijo que sufre alguna discapacidad, debemos cuestionarnos si el hecho de que comience a percibir algún tipo de ayuda, como por ejemplo, una pensión no contributiva, que no percibía cuando se señaló la pensión alimenticia, puede considerarse una variación sustancial de las circunstancias que permita justificar la reducción de los alimentos que ha venido percibiendo.

La STS 7 julio 2014³⁹ descarta que se extinga la obligación de alimentos del padre en favor del hijo mayor de edad discapacitado por el hecho de que pueda llegar a recibir una pensión no contributiva por invalidez de la Seguridad Social, ya que tal posibilidad de obtener esos recursos no se puede equiparar a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del artículo 93 CC; pero

³⁵ ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual”, *RCDI*, 2016, núm. 757, p. 2475.

³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario del artículo 93 CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 956.

³⁷ SAP Barcelona, Secc. 12ª, 25 marzo 2015 (JUR 2015, 119089).

³⁸ SAP Gerona, Secc. 1ª, 19 octubre 2011 (JUR 2011, 412121).

³⁹ STS 7 julio 2014 (RJ 2014, 3540).

puntualiza que eso no excluye que el día que llegue a percibirla, se pueda pedir una reducción de la pensión. Afirma que la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, “reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la Administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor”. Establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”.

Igualmente, la STS 10 octubre 2014⁴⁰, entiende que la percepción de una pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión, en relación con los medios económicos del obligado, pero no puede conducir, *per se*, a una extinción de la pensión por tener el alimentista “ingresos propios”. Ratifica la doctrina sentada por la Sala en las sentencias de 30 mayo 2012 y 7 julio 2014⁴¹, en las que late como doctrina jurisprudencial la equiparación de los hijos mayores de edad discapacitados con los menores, y añade que a partir de ella, “se ha de llevar a cabo la ponderación en cada caso concreto a la hora de decidir sobre la obligación de prestar pensión por alimentos a los hijos con minusvalías y cuantificación en su caso, aún en los supuestos de que sean preceptores de pensiones no contributivas a causa de su minusvalía”⁴². Con esta sentencia, la Sala revoca la resolución de la Audiencia Provincial, que había declarado la extinción de la pensión alimenticia a favor de dos hijos mayores de edad con minusvalías del 65% y del 69 % que percibían una pensión no contributiva, pues esos ingresos no justifican la extinción por tener el alimentista “ingresos propios”; no obstante, entiende que procede la reducción de la pensión por la disminución de los ingresos del obligado a causa de su jubilación forzosa⁴³.

⁴⁰ STS 10 octubre 2014 (RJ 2014, 4878).

⁴¹ SSTs 30 mayo 2012 (RJ 2012, 6547) y 7 julio 2014 (RJ 2014, 3540).

⁴² Como señala ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “Alimentos de los hijos mayores”, cit., pp. 2497 y 2510, ha de entenderse la minusvalía como discapacidad, pues “la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en su Disposición adicional octava establece que «las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad». Por su parte, el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y que modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de 1999, sustituye el término «minusvalía» empleado por esta norma por el de «discapacidad»”.

⁴³ En el mismo sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, 22 octubre 2012 (AC 2012, 2207), desestima la pretensión del padre de extinción de la pensión de alimentos del hijo por inexistencia de independencia económica, a pesar de la obtención de una pensión no contributiva de invalidez

Asimismo, la STS de 2 junio 2015⁴⁴ estima el recurso presentado contra la sentencia que suprimió la pensión alimenticia del hijo mayor de edad, ingresado en un centro dependiente de la Junta de Andalucía como discapacitado intelectual, "en cuanto perciba la pensión no contributiva de la Gestión Económica y Financiera de MUFACE", pues vulnera lo dispuesto en el artículo 39.3 CC y en los artículos 93 y 142 CC, ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a los mayores, como en este caso, discapacitados que no pueden mantenerse por sí mismos. Además, acude a la doctrina sentada en la STS de 7 de julio de 2014,⁴⁵ y concluye que "la pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero *per se* no puede conducir, como se recoge en la recurrida, a una supresión de la pensión (STS 10 octubre 2014)⁴⁶, máxime cuando no es suficiente para cubrir las necesidades del hijo".

Por su parte, la STS 17 julio 2015⁴⁷ reitera la doctrina de la STS 7 julio 2014, casando la sentencia recurrida que había reconocido el mantenimiento de los alimentos de la hija mayor de edad con una minusvalía del 67% únicamente durante seis meses, "tiempo suficiente para que puedan explorarse las vías de solución de atención a la hija mayor de edad, que jurídicamente es plenamente capaz". El Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia que había desestimado la pretensión del padre de extinguir o reducir los alimentos, acordando su mantenimiento, dada su situación personal, la enfermedad que padece, su minusvalía, la no incorporación al mercado laboral y el carácter no desproporcionado de la pensión alimenticia.

En esta misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 25 de abril de 2017⁴⁸, desestima la demanda en que la madre solicita, por encontrarse sin trabajo, la reducción de la pensión de alimentos de un hijo menor que sufre autismo severo, con una discapacidad del 75%, y que percibe ciertas ayudas públicas, pues estos ingresos "no están destinados a suplir el cumplimiento por parte de los progenitores de su obligación legal de prestar alimentos".

En definitiva, la suficiencia económica no viene ligada en todo caso a las ayudas institucionales, y por ello, el cobro de una pensión no contributiva a causa de la discapacidad por un hijo mayor de edad, no supone la supresión automática de la pensión de alimentos que le presten sus padres, sino que a partir de la doctrina sentada por la STS 7 julio 2014, deberá ponderarse en cada caso concreto, en función del tipo de discapacidad, limitaciones y necesidades, así como la posibilidad de acceso al mercado laboral, para determinar si se ha de mantener o no la

por importe de 500 euros, ya que padece una minusvalía congénita (deficiencia mental severa).

⁴⁴ STS 2 junio 2015 (RJ 296, 2015).

⁴⁵ STS 7 julio 2014 (RJ 2014, 3540).

⁴⁶ STS 10 octubre 2014 (RJ 2014, 4878).

⁴⁷ STS 7 julio 2014 (RJ 2014, 3540).

⁴⁸ SAP Barcelona, Secc. 18ª, 25 abril 2017 (AC 2017, 858).

obligación de prestar la pensión por alimentos, y su cuantificación, pudiendo verse reducida.

Precisamente este es el supuesto que se da en la SAP Vizcaya 17 mayo 2002⁴⁹, en que se acuerda en el proceso de divorcio, la reducción de la cuantía de la pensión del hijo menor, con síndrome de Down, fijada en la sentencia de separación, por la percepción de prestaciones y subsidios provenientes de ayudas institucionales que hace que sus necesidades estén mejor atendidas que en la fecha de la separación de los padres, cuando no existían tales ayudas oficiales.

La modificación de la pensión deberá ser proporcional a las necesidades del hijo, en tanto las ayudas vengan a cubrirlas en mayor o menor medida, lo que deberá ponerse en relación con la capacidad económica de los alimentantes. De ahí que, en la SAP Cádiz 12 mayo 2014⁵⁰ se suprime la obligación del padre, que adolece de una incapacidad permanente total, percibe una paga exigua y carece de vivienda, de contribuir económicamente a los alimentos de los dos hijos, que han sido declarados incapaces, percibiendo por ello pagas mensuales que cubren todas sus necesidades.

Por lo tanto, no sólo es posible la modificación de la prestación alimenticia por alteración sustancial de las circunstancias cuando es beneficiario un hijo con discapacidad, sino que, siendo mayor de edad, cabe también su extinción⁵¹, como sucede si tiene un trabajo profesional que le permite disfrutar de suficiencia económica. Así, la acreditación de que la hija mayor de edad con una minusvalía físico-psíquica del 66% tiene un trabajo remunerado mediante un contrato indefinido y un sueldo mensual, similar al salario mínimo interprofesional, sustenta la supresión de la pensión alimenticia que pagaba el padre en tanto no se ha probado una situación de necesidad en la STSJ Aragón 25 septiembre 2014⁵².

4. Percepción de ingresos por el hijo mayor, pero en cuantía que no permita apreciar suficiencia económica

La extinción de la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores requiere la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 152 CC. Tal precepto se refiere en los números 3 y 5, a la cesación de la obligación de dar alimentos por considerar que el alimentista ya ha alcanzado, o se encuentra en condiciones de alcanzar la suficiencia económica: “Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia” (art. 152.3ª CC) y “cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa” (art. 152.5º CC).

⁴⁹ SAP Vizcaya, Secc. 4ª, 17 mayo 2002 (AC 2002, 1089).

⁵⁰ SAP Cádiz, Secc. 5ª, 12 mayo 2014 (JUR 2014, 190209).

⁵¹ ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “Alimentos de los hijos mayores”, cit., p. 2497.

⁵² STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, 25 septiembre 2014 (RJ 2014, 5532).

Por su parte, el artículo 93.2 CC exige, para que el cónyuge pueda pedir alimentos en favor de sus hijos mayores de edad o emancipados en el propio proceso matrimonial, la convivencia en el domicilio familiar y que carezcan de ingresos propios, lo que se ha interpretado como ausencia de los suficientes para garantizar su autonomía económica.

Se engloban en tales supuestos, tanto aquellos en que se ha producido la superación real de la necesidad del alimentista, como aquellos en los que exista la posibilidad de superarla. En este ámbito, y en aras a evaluar la posibilidad de ejercer una profesión o industria y de entrar en el mercado de trabajo, se tiene en cuenta, no sólo la mera aptitud para desempeñar una profesión, sino, fundamentalmente, la posibilidad concreta y efectiva de hacerlo, apreciada conforme a la realidad social del momento y a las circunstancias concurrentes, y al hecho de que el alimentista debe emplear la diligencia debida en la búsqueda de trabajo, como ha mantenido nuestro Tribunal Supremo en la STS 5 noviembre 1984⁵³, aunque como matiza en la 17 junio 2015⁵⁴, la referida doctrina jurisprudencial ha de ser aplicada al caso concreto y, de ello puede deducirse que no está vedado al tribunal de segunda instancia apreciar, conforme a derecho, la concreta potencialidad del hijo con arreglo a parámetros lógicos y jurídicos⁵⁵. La jurisprudencia advierte de que la existencia de una pensión alimenticia durante largo tiempo favorece la pasividad en la lucha por la vida y por la propia independencia, de suerte que se favorecería un “parasitismo social “de los hijos⁵⁶.

Por todo ello, si el hijo, con posterioridad al momento de fijación de la pensión, comienza a percibir ingresos, habrá que valorar, tomando como parámetros la realidad social actual y las circunstancias concurrentes, en qué medida tales ingresos le permiten alcanzar una independencia económica que excluya la situación de necesidad, que es presupuesto del derecho de alimentos de los hijos mayores, de forma que proceda su extinción. Y si los ingresos no alcanzasen esa suficiencia, pero tuviesen una cuantía que permitiese entender que su percepción constituye una variación sustancial de circunstancias tenidas en cuenta al señalarlos, podrá reducirse la pensión alimenticia⁵⁷.

Desde esta misma perspectiva, si tiene trabajos temporales o una beca que no tenga entidad suficiente para extinguir la pensión, pero cubra sus necesidades mientras se mantenga la percepción de ingresos, que no se presumen duraderos, cabe la suspensión temporal de la prestación alimenticia para los períodos en que trabaje, o

⁵³ STS 5 noviembre 1984 (RJ 1984, 5367).

⁵⁴ STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2532).

⁵⁵ ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “Alimentos de los hijos mayores”, cit., pp. 2488 y 2508.

⁵⁶ SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Medidas económicas”, cit., p. 638.

⁵⁷ Por ejemplo, en la SAP Barcelona, Secc. 12ª, 22 julio 2002 (JUR 2002, 279222), se consideró que el acceso de la hija beneficiaria de la pensión al mercado laboral a tiempo parcial no conllevaba la extinción, pero sí su reducción. Pero, como señala RINCÓN ANDREU, G.: “Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores”, *Diario La Ley*, núm. 9156, 2018, p. 6, no existe un criterio único para poder señalar, ante un trabajo temporal o de reducidos ingresos, cuando procede la reducción y cuando la extinción de los alimentos, ya que nuestras Audiencia mantienen un criterio dispar.

mientras perciba la prestación de desempleo o la beca (SAP Barcelona 21 enero 2000 y SAP Badajoz 26 marzo 2003)⁵⁸. Por supuesto, dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad, atendiendo a la capacidad económica del alimentante, y valorando la temporalidad de la percepción de ingresos desde la realidad social del momento, pues, como se ha destacado acertadamente, no debemos olvidar que actualmente, en el mundo laboral, el contrato de trabajo por tiempo indefinido ha pasado a ser la excepción a la regla general del trabajo temporal en cualquiera de sus modalidades⁵⁹.

Frente a esta modificación de los alimentos por la concesión de una beca o de un trabajo temporal, cabe alegar que la jurisprudencia viene exigiendo como requisitos para estimar que existe una variación sustancial de las circunstancias que la expresada alteración no sea meramente coyuntural, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia, por tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, de forma que no se concederá la modificación si se trata de variaciones meramente episódicas. Y en este caso, se accede a una reducción o una suspensión partiendo de una situación temporal.

Sin embargo, como señala la SAP Badajoz 26 marzo 2003⁶⁰, si el hijo tiene ingresos propios en virtud de un contrato de trabajo temporal, que por tanto no puede ser considerado estable, pero sí, no obstante, de relativa continuidad o permanencia, al poder ser renovado o prorrogado y con facultad además para devengar subsidio de desempleo, es razonable la suspensión temporal, ya que resulta equitativo que, mientras obtenga dicho hijo ingresos, el padre se vea excusado de prestarle alimentos, y que asimismo se limite la modificación al periodo de tiempo que dure el contrato laboral y la percepción, en su caso, del subsidio por desempleo, sin necesidad de que haya de acudir a una nueva demanda de modificación. Todo ello sin olvidar una circunstancia importante entre las concurrentes en el supuesto objeto de litis como es la juventud del hijo, de 20 años, y por tanto de su experiencia

⁵⁸ SAP Barcelona, Secc. 18ª, 21 enero 2000 (JUR 200, 142518) y SAP Badajoz, Secc. 3ª, 26 marzo 2003 (JUR 2003, 158799).

⁵⁹ ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “Alimentos de los hijos mayores”, cit., p. 2488. Como detalla, “en algunos casos se ha considerado procedente la extinción de los alimentos del hijo mayor que acceda o pueda acceder a un trabajo, aunque no sea fijo y estable, porque la precariedad es hoy una característica del mercado laboral. También se ha entendido que procede la extinción de la obligación por el hecho de percibir el alimentista ingresos procedentes de una beca de formación. En otros, por el contrario, se mantiene que la realización de trabajos esporádicos no garantiza la independencia económica del hijo y, por tanto, no extingue el derecho, así como que la realización de prácticas en empresas durante la vida universitaria, aunque sean retribuidas, no puede justificar por sí sola la extinción de la obligación alimenticia, al tratarse del desarrollo de una actividad que forma parte de los estudios. Tampoco el acceso temporal al mercado laboral mediante un contrato de aprendizaje, que simplemente completa la formación profesional del alimentista”. Igualmente, GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: doctrina de las Audiencias”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1998, pp. 40 y 41, considera que no se entiende que exista capacidad objetiva para el trabajo en el licenciado desempleado si no le ha sido posible alcanzar un puesto adecuado a su formación, si bien matiza que esto no significa que los alimentos del hijo mayor sólo queden extinguidos si el trabajo al que se accede es fijo y estable, ya que la precariedad ha pasado a formar parte característica del mercado laboral.

⁶⁰ SAP Badajoz, Secc. 3ª, 26 marzo 2003 (JUR 2003, 158799).

profesional y necesidad de formación, así como la realidad del mercado laboral. Seguramente, si el hijo hubiera tenido una edad muy superior, la solución habría sido diferente

Esta cuestión también se analiza en el AAP Zaragoza 20 noviembre 2000⁶¹, que resuelve el recurso interpuesto contra la resolución que había estimado la petición formulada por el padre en el que solicitaba que se dejara en suspenso la obligación alimenticia fijada a su cargo en la sentencia de separación matrimonial de mutuo acuerdo, como contribución al sostenimiento de uno de los dos hijos, por acceder a un contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo durante tres meses. Se cuestiona si procede acordar la modificación de los alimentos, ya que la jurisprudencia exige, para acordar dicha modificación, no solo que haya existido una variación sustancial de las circunstancias, sino también que el cambio que se produzca tenga cierta estabilidad en el tiempo, en definitiva, si, en los casos en que se produce una variación esencial de circunstancias sin aquella proyección temporal, es posible o no introducir una modificación también temporal de circunstancias. Considera que la solución puede venir dada por la interpretación conjunta de los artículos 91 CC y 93 CC, y concluye que, dado el tenor de los expresados preceptos, no parece aventurado concluir que dentro de la ejecución de sentencia a que se refiere el artículo 91 CC, pueden ser adoptadas ciertas medidas de acomodación temporal de las medidas a nuevas situaciones que se producen sin vocación de continuidad, cual ocurre en el presente caso, por lo que ratifica la suspensión temporal.

Por lo tanto, no basta para la supresión de los alimentos con el simple ingreso del hijo en el mercado laboral si se demuestra que, por mor de su intermitencia y precariedad, no se alcanza aquella capacidad de la persona de atender a su sostenimiento, habitación y prestación sanitaria (SSTSJ Cataluña 3 noviembre 2003 y 16 marzo 2006⁶²)⁶³, si bien puede ser causa de modificación.

Por otra parte, no faltan sentencias que entienden, ante un supuesto en que el hijo mayor no aprovecha los estudios, atendiendo a las circunstancias concurrentes, que lo que procede no es la extinción de la pensión sino su reducción. Así se estima en la SAP Lérida 12 febrero 2015⁶⁴ que, aunque referida al Derecho catalán, su conclusión es aplicable también al régimen del Código civil. Considera esta sentencia que se ha producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al fijar la pensión alimenticia de la hija común, hoy mayor de edad, al haber quedado acreditado que el aprovechamiento de sus estudios es prácticamente nulo⁶⁵, por la que se reduce la pensión alimenticia a la cantidad de 250 euros mensuales, que, junto

⁶¹ AAP Zaragoza, Secc. 4ª, 20 noviembre 2000 (AC 2001, 296).

⁶² SSTSJ Cataluña 3 noviembre 2003 (RJ 2003, 8841) y 16 marzo 2006 (RJ 2006, 2385).

⁶³ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario del artículo 93 CC”, cit., p. 968.

⁶⁴ SAP Lérida, Secc. 2ª, 12 febrero 2015 (JUR 2015, 117491).

⁶⁵ El artículo 237-9.2 CCCat establece que “*el alimentando debe comunicar al alimentante las modificaciones de las circunstancias que determinen la reducción o supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan*”. Entre estas circunstancias se comprende la información relativa a la evolución académica del alimentista, como así considera la SAP Barcelona, Secc. 18º, 7 noviembre 2014 (JUR 2015, 43313).

con lo que pueda aportar la madre, es suficiente para cubrir el concepto estricto de alimentos, que comprende manutención, habitación, vestido y asistencia médica. El artículo 237 CCCat, al definir el contenido de los alimentos, establece que comprende todo cuanto es indispensable para mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular, requisito este último que no concurre en el presente caso.

Asimismo, debemos hacer notar que en las sentencias de las Audiencias Provinciales, frecuentemente se viene estableciendo un límite temporal a la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad cuando se examinan supuestos –tanto en procesos de separación, nulidad o divorcio o como en proceso de modificación de medidas- en que se entiende que todavía no existe causa de extinción de la misma, pero se puede obtener a corto plazo un empleo que garantice la propia subsistencia⁶⁶. Estos pronunciamientos persiguen motivar al alimentista a buscar un puesto de trabajo y evitar la necesidad de acudir a un procedimiento de modificación de medidas para extinguir la pensión⁶⁷.

IV. EL AUMENTO DE LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS

El aumento en las necesidades de los hijos puede responder a muy diversas causas, como puede ser la aparición de padecimientos o enfermedades que requieran atenciones especiales, lo que justificará el aumento de la pensión siempre que sean sobrevenidas e imprevistas⁶⁸, o bien previsibles, pero que no se tuvieron en cuenta a la hora de señalar la prestación inicial⁶⁹, lo que generalmente viene referido al incremento de los gastos de educación e instrucción, así como los relacionados con ello, como son los gastos de comedor y transporte escolar, si procede su pago⁷⁰. En

⁶⁶ Sobre la conveniencia de señalar o no un límite temporal a los alimentos de los hijos mayores, *vid.*, MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad”, en AA. VV.: *Las relaciones paterno-filiales* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), vol. II, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 259 y 260.

⁶⁷ Por ejemplo, SAP Jaén, Secc. 1ª, 10 noviembre 2015 (JUR 2016,30232), y sentencias allí citadas.

⁶⁸ Así, la SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 26 junio 2017 (JUR 2017, 212790) entiende incrementadas las necesidades del menor al que se ha confirmado después de la fijación de los alimentos que presenta una sobredotación intelectual que precisa de un programa de enriquecimiento extracurricular (piano, inglés, fútbol, kidcode y pintura), el cual genera unos desembolsos que han de ser tenidos en cuenta en tanto que aun cuando se devenguen durante unos diez meses al año, lo cierto es que son absolutamente previsible, periódicos y necesarios para la mejor y completa formación del menor.

La SAP Barcelona, Secc. 12ª, 13 junio 2007 (JUR 2007, 293347) considera que las partes ya tuvieron en cuenta el gasto de colegio que se avecinaba, ya que en ese mismo año, al poco tiempo de firmar el convenio, en septiembre 2005, la menor inició su escolaridad, y por ello establecieron la cifra referida como contribución del padre a los alimentos de la hija común, así como el pago, en concepto de gastos extraordinarios, de otros que, aun calificándolos como extraordinarios, no tienen tal naturaleza.

⁶⁹ Como matiza CUENA CASAS, M.: “Comentario del artículo 147 CC”, cit., p. 1488.

⁷⁰ La SAP Barcelona, Secc. 12ª, 9 noviembre 2016 (JUR 2017, 45047) estima el incremento de la

todo caso, el incremento de gastos debe responder a necesidades atendibles en el concepto de gastos ordinarios, puesto que la elevación de los extraordinarios no puede dar lugar a un aumento de la pensión.

Ahora bien, no todo aumento de las necesidades del alimentista se acompaña de un incremento de la prestación alimenticia, sino que se requiere que exista capacidad económica del alimentante suficiente para hacer frente a él. Como afirma la SAP de Albacete de 12 de diciembre de 2014⁷¹, aunque las necesidades de los hijos son el parámetro legal de fijación de alimentos de notable importancia para su determinación en los casos en que el alimentante dispone de ingresos y actividad laboral saneada, no ocurre lo mismo en situaciones de carencia de ingresos. Como no puede ser de otra manera, en tales supuestos de economía bajo mínimos, adquiere un papel preponderante el parámetro de la situación económica del alimentante.

Aunque hay jurisprudencia que exige para el aumento de la pensión por el incremento de las necesidades de los hijos, que también haya aumentado la fortuna del alimentante⁷², a nuestro juicio, no es precisa la concurrencia de este presupuesto, sino de la posibilidad por parte del progenitor alimentante de hacer frente al incremento de la pensión, de acuerdo con el principio de proporcionalidad⁷³. La pensión de alimentos de los hijos se fija para atender las necesidades de estos, y tales necesidades son el techo de los alimentos. Y la pensión no pretende agotar toda la capacidad económica del alimentante. Por eso, ante una situación económica holgada de este último, si aparece una nueva necesidad acreditada del hijo, por ejemplo, a causa de una enfermedad, los padres tienen que esforzarse al máximo para atenderla, y ello puede llevar a aumentar la pensión, aunque no se haya incrementado la capacidad económica del alimentante, si tiene posibilidad de hacerle frente, porque lo contrario equivaldría a cargar sobre el otro progenitor todo el gasto que genera la nueva necesidad.

Algunas resoluciones presuponen que, al crecer, aumentan las necesidades de los hijos. En palabras de la STS 5 octubre 1993⁷⁴, “el transcurso del tiempo, lejos de disminuir los gastos necesarios para dar cumplimiento al deber impuesto a los

pensión por el aumento de la capacidad económica del padre alimentante y porque las hijas ahora comen en el colegio y usan el transporte escolar, por lo que sus gastos han aumentado. Este hecho se considera constitutivo de una variación sustancial de sus necesidades, que debe valorarse y tenerse en cuenta, ya que, en caso contrario, difícilmente se facilitaría el acceso de la madre al mundo laboral, con clara desventaja respecto al padre que sólo tiene un régimen de estancias con ellas compatible con un horario laboral estándar; no se aprecia por tanto, como consideró la sentencia de instancia, que la decisión de utilizar el comedor y el transporte escolar sea algo injustificado y que obedezca sólo a una mayor comodidad para la madre.

⁷¹ SAP Albacete, Secc. 1ª, 12 diciembre 2014 (JUR 2015, 46163).

⁷² SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Medidas económicas”, cit., p. 680.

⁷³ En este sentido, APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos*, cit., p. 342, entiende que para que pueda aumentar la cuantía de los alimentos, “no sólo es preciso que las necesidades del menor hayan crecido, sino que también debe acreditarse que la capacidad económica del obligado al pago es suficiente para sostenerlas”.

⁷⁴ STS 5 octubre 1993 (RJ 1993, 7464).

padres en el art. 154.1º, debe naturalmente aumentarlos”. Así, la SAP Murcia 9 diciembre 2011⁷⁵, en el marco de un proceso de modificación de medidas iniciado por la madre en que solicitaba el aumento de la pensión de alimentos de su hijo menor, a causa del aumento de la capacidad económica del padre y el incremento de las necesidades del hijo, la Audiencia Provincial estimó la demanda argumentando que el hijo común tiene hoy 9 años de edad (tres cuando se dictó la sentencia de divorcio), “por lo que sus necesidades han aumentado”⁷⁶. Sin embargo, otras resoluciones entienden que el aumento de edad de los hijos no conlleva necesariamente el aumento de los gastos, ya que cada edad tiene los suyos propios y característicos, y exigen la prueba del incremento de las necesidades para elevar la pensión⁷⁷.

Uno de los motivos que con más frecuencia se alegan para justificar el aumento de los gastos de hijo es el derivado de la educación e instrucción⁷⁸. En este ámbito, el aumento de la pensión por el incremento de gastos a causa del inicio de estudios universitarios por el mayor de edad se condiciona al hecho de que los estudios se lleven a cabo con un buen aprovechamiento (SAP Murcia 8 julio 2008)⁷⁹.

Por otra parte, entre estos supuestos, resultan especialmente conflictivos aquellos en que el aumento de gastos responde al inicio de estudios universitarios fuera del lugar donde se halla la vivienda familiar, y no existe un acuerdo de los padres sobre su conveniencia⁸⁰. Como puntualiza la SAP Pontevedra 1 septiembre 2017⁸¹ la discrepancia de los padres sobre si es correcta o adecuada o innecesaria la realización de los estudios universitarios fuera del lugar donde se halla la vivienda familiar, no se puede decidir en el procedimiento de modificación de medidas en que se pide el aumento de la pensión por esta causa, sino en el proceso correspondiente. Eso no impide al tribunal puntualizar que “las decisiones sobre los

⁷⁵ SAP de Murcia, Secc. 4ª, 9 diciembre 2011 (JUR 2012, 1000). Esta sentencia fue casada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 noviembre 2014 (RJ 2014, 6196), pero no en referencia a la cuestión a que se alude en el texto.

⁷⁶ En el mismo sentido, SAP Jaén, Secc. 1ª, 28 septiembre 2016 (JUR 2016, 268414).

⁷⁷ SAP Madrid, 29 enero 2008 (JUR 2008, 114371), SAP Valencia, Secc. 10ª, 15 octubre 2014 (JUR 2015, 51609) y SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 26 junio 2017 (JUR 2017, 212790).

⁷⁸ El incremento de gastos a causa del inicio de estudios universitarios fundamenta el aumento de la pensión de alimentos en la SAP Guadalajara, Secc. 1ª, 28 julio 2016 (JUR 2016, 208035) y en la SAP Murcia, Secc. 5ª, 8 julio 2008 (JUR 2008, 362747). La SAP Madrid, Secc. 22ª, 8 mayo 2012 (AC 2012, 1010) estima la demanda de elevación de la pensión por el incremento de los gastos escolares debidos al inicio por los hijos de estudios de bachillerato y formación profesional que no están cubiertos por el concierto económico relativo a etapas académicas inferiores.

⁷⁹ SAP Murcia, Secc. 5ª, 8 julio 2008 (JUR 2008, 362747).

⁸⁰ Entendemos con CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)”, *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 36, 2009, versión electrónica, BIB 2010, 107, pp. 62, 63 y 69, que los gastos universitarios han de integrarse en el seno de los alimentos en sentido estricto, dando lugar con su producción, a un incremento de la pensión por alteración sobrevenida de las circunstancias, sin perjuicio de que, si existieran factores añadidos, como exigencias de desplazamientos y estancia en otra localidad, se ligara a estos la calificación de gastos extraordinarios.

⁸¹ SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 1 septiembre 2017 (JUR 2017, 247091).

estudios de los hijos, en cuanto que sufragados por ambos progenitores, no pueden quedar al arbitrio o decisión unilateral de uno de ellos, especialmente cuando comportan un gasto especial o excesivo o cuando son varias las opciones posibles. Deben actuar de acuerdo, y si hay discrepancia y uno de ellos no quiere asumir los gastos que excedan de lo fijado para alimentos, deberán resolver la disputa por la vía judicial”. En el caso analizado, no parece arbitraria o desacertada la decisión de traslado de las hijas desde Vigo a Madrid para hacer la carrera universitaria, que vino impuesta por razones de admisibilidad en otros centros. No se tiene por perjudicial para las hijas, sino, al contrario, beneficioso para su formación y desarrollo, teniendo en cuenta que el coste es asumible por los medios económicos de que sus padres disponen. La nueva situación de las hijas constituye una alteración sustancial, pues ha generado un incremento de los gastos generados por los estudios. Este incremento de las necesidades se acompaña de una capacidad económica alta de los progenitores, lo que constituye una matización importante, pues a los hijos corresponde disfrutar o participar de la posición y nivel económico de los padres; y se acompaña también de un buen aprovechamiento de los estudios por las hijas, lo que lleva a acordar el incremento de la pensión. Sin embargo, considera que resulta más problemática o discutible la decisión de alquilar una vivienda en una zona donde los alquileres son altos; y no porque la economía familiar no pueda afrontar esa renta, sino porque en este caso entran en juego las necesidades de las hijas estudiantes en relación con la vivienda. Esta cuestión no lleva a desestimar la pretensión de aumento de la pensión, sino que se tiene en cuenta para fijar su cuantía.

El mantenimiento de la pensión, e incluso su incremento, por la realización de estudios de postgrado, como puede ser la realización de un master, en principio se ligan a la voluntad y no a la obligación paterna, si bien hay que valorar cada caso de forma particular, teniendo en cuenta que los Másteres oficiales previstos en el Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado conduce a calificarlos como estudios universitarios (SAP Madrid 29 enero 2016)⁸². En la SAP Jaén 10 noviembre 2015⁸³ el padre instó un proceso de modificación de medidas para que se suprimiese la obligación de alimentos en favor de sus dos hijas mayores de edad (28 y 22 años) alegando que había empeorado su situación económica y las hijas habían terminado sus estudios. La segunda, a los efectos que ahora analizamos, consta haber terminado los estudios de Derecho (2010-2014), encontrándose en el curso 2014-15 realizando el Máster de Acceso a la Abogacía, tras el cual deberá aprobar el examen de acceso y realizar unas prácticas en un despacho profesional. La Audiencia entiende que no puede hablarse de que las hijas estén en disposición real y efectiva de encontrar un puesto de trabajo, pues ni siquiera consta que hayan completado la formación académica, por lo que no podemos hablar en esta situación de una incorporación real y efectiva al mundo laboral que permitiera la extinción de la prestación alimenticia. Ahora bien, ello no obsta a que esta situación pueda perpetuarse de modo indefinido, consintiendo de

⁸² SAP Madrid, Secc. 22ª, 29 enero 2016 (JUR 2016, 39371).

⁸³ SAP Jaén, Secc. 1ª, 10 noviembre 2015 (JUR 2016, 30232).

esta forma actividades indolentes en el alimentista en cuanto a la búsqueda de trabajo, por lo que se fija un límite temporal a dicha prestación para permitir en dicho período la posibilidad real de búsqueda de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: “Comentario de los artículos 90 y 91 CC”, en AA. VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), vol. I, 2ª ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 146 del Código Civil”, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, versión electrónica, BIB 2009, 5229.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)”, *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 36, 2009, versión electrónica, BIB 2010, 107.

- “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), vol. II, 2ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- *Capítulo IX del Título I del Libro segundo de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mayo 2017. Disponible en: [http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf)

CASTILLA BAREA, M.: “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), vol. II, 2ª ed., Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

CORDERO CUTILLAS, I.: *El convenio regulador en las crisis matrimoniales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

CUENA CASAS, M.: “Comentario del artículo 147 CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil*, T. I, (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario del artículo 93 CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- “Comentario al artículo 90 CC”, en AA. VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual”, *RCDI*, 2016, núm. 757.

GARCIA VARELA, R.: “Comentario del artículo 90 CC”, en AA. VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), T. 2, Bosch, Barcelona, 2006.

GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: doctrina de las Audiencias”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1998.

MADRINÁN VÁZQUEZ, M.: “Crisis de pareja y pensión de alimentos en relación con los hijos comunes mayores de edad”, en AA. VV.: *Las relaciones paterno-filiales* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), vol. II, Tecnos, Madrid, 2014.

MONTERO AROCA, J.: *El convenio regulador en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia*, T. IV, Lex Nova, Valladolid, 2007.

- “Modificación de medidas. De la custodia individual a la custodia compartida”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 77, 2017, edición electrónica.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “Comentario a la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1995”, *CCJC*, núm. 40, 1996.

RAMS ALBESA, J.: “Comentario al artículo 90 CC”, en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por J. Rams Albesa, J. y coord. por R. Moreno Flórez), T. II, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 2000.

RINCÓN ANDREU, G.: “Extinción de la pensión de alimentos a hijos mayores”, *Diario La Ley*, núm. 9156, 2018.

ROGEL VIDE, C.: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. Linacero de la Fuente), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.



EL NUEVO TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LOS DIVORCIOS

THE NEW LEGAL TREATMENT OF PET ANIMALS IN DIVORCES

INMACULADA GARCÍA PRESAS

Acreditada Profesora Titular. Universidad de A Coruña*

i.garcia.presas@udc.es

RESUMEN: En 2017 se presenta una proposición de ley sobre el régimen jurídico de los animales. Plantea que el Código Civil español los considere seres vivos dotados de sensibilidad en vez de bienes muebles. Este nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía obliga al juez, en las crisis matrimoniales, a pronunciarse sobre su guarda y custodia, visitas y gastos, valorando, para ello, el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal.

PALABRAS CLAVE: Animal de compañía, divorcio, guarda y custodia

ABSTRACT: In 2017 a proposed law on the legal status of animals is presented. Proposes that the Spanish Civil Code consider living beings endowed with sensitivity instead of movable property. This new legal treatment of pets requires the judge, in marital crises, to decide on their custody, visits and expenses, valuing, for this, the interest of family members and the welfare of the animal.

KEY WORDS: Pet animal, divorce, guard and custody

FECHA DE ENTREGA: 01/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

* RESEARCHER ID: L-3339-2017; ORCID ID: 0000-0002-0082-0485. Este trabajo se realiza desde el grupo de investigación «Empresa, Consumo, Derecho» (ECD), de la UDC.

SUMARIO: I. ANIMALES DE COMPAÑÍA.- 1. Tratamiento jurídico: seres vivos dotados de sensibilidad.- 2. Concepto.- II. CONSIDERACIÓN LEGAL EN LAS CRISIS MATRIMONIALES.- 1. Convenio regulador.- A) Artículo 90 del Código Civil.- 2. Efectos comunes a la separación, divorcio y nulidad.- A) Artículo 94 bis del Código Civil.- B) Artículo 103 del Código Civil.- III. REFERENCIA A OTRAS REFORMAS DERIVADAS DEL NUEVO TRATAMIENTO JURÍDICO.- 1. Embargo e hipoteca.- 2. Maltrato, abandono y sacrificio.- 3. Responsabilidad por daños.

I. ANIMALES DE COMPAÑÍA

1. Tratamiento jurídico: seres vivos dotados de sensibilidad

En España tanto el Derecho Civil como el Administrativo se pueden considerar los motores de la regulación jurídica de los animales¹ ya que la presencia de los mismos en el Derecho Penal es puntual, escasa y confusa².

Para los Códigos Civiles únicamente existen las cosas fuera del mundo de las personas, naturales o ficticias. Por ello, en la vida jurídica, los animales solo pueden ser catalogados como cosas, si es que no son personas, aunque sean ficticias³. En efecto, actualmente, el sistema legislativo español considera a los animales como bienes muebles, propiedades fácilmente trasladables, ya que les proporciona el mismo tratamiento jurídico que a una mesa.

Estas circunstancias llevaron al Grupo Popular, el 12 de diciembre de 2017, a presentar, ante el Pleno del Congreso de los Diputados, una proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (número de expediente: 122/000134). Contó con un total de 340 votos a favor de los 340 emitidos, es decir, unanimidad de los presentes. Toda la reforma que se pretende gira en torno a que los animales dejen de catalogarse como cosas pasando a ser considerados, a todos los efectos, como “seres vivos dotados de sensibilidad”, según dispone el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Aunque los animales nunca fueron cosas en España se les da el tratamiento jurídico de cosas, que es distinto. Al ser seres vivos con sentimientos, apegos y afectos es preciso cambiar su consideración legal. Por lo tanto, dejan de ser afortunadas expresiones de las que se puede desprender la cosificación de los animales, tal y

¹ PÉREZ MONGUIÓ, J. M; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales como agentes y víctimas de daños*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 138.

² GÓMEZ-MANPASO DEL PALACIO, R.: *Las distintas formas de responsabilidad derivada de la tenencia de animales*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2006, p. 227.

³ MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Los animales y el Derecho*, Aranzadi, Madrid, 1999, p. 47.

como acontece si se hace alusión al derecho de uso y disfrute de los mismos.

Sin embargo, a pesar de no ser cosas, con la nueva legislación, los animales continúan siendo objeto de comercio y, también, objeto de apropiación por el ser humano⁴, tal y como se desprende del nuevo artículo 333 bis del Código Civil que señala que son apropiables “... con las limitaciones que se establezcan en las normas legales y en la medida en que no lo prohíban”.

Tras la reforma el régimen jurídico estipulado para los bienes o las cosas se aplica subsidiariamente con respecto a la normativa especial prevista para la protección de los animales y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes o las cosas resulte compatible con la naturaleza de seres vivos dotados de sensibilidad⁵. En este sentido se pronuncia el nuevo artículo 333 del Código Civil que dispone que “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección”.

Los sistemas legislativos de otros países ya, con anterioridad, modificaron el estatuto jurídico de los animales de “cosas” a “seres vivos dotados de sensibilidad”. Es el caso de Austria que el 10 de marzo de 1986 reformó su legislación; Alemania el 20 de agosto de 2002, e incluso en su Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, elevó la protección de los animales a rango constitucional, protección constitucional también prevista en Suiza; la reforma belga de 19 de mayo de 2009; y, recientemente, las reformas de Francia, el 16 de febrero de 2015; y, de Portugal, el 3 de marzo de 2017⁶.

Hasta hace relativamente poco tiempo el Derecho Penal otorgaba a los animales una visión únicamente instrumental; por ejemplo, si son peligrosos y causan lesiones o en el caso de que sean robados o se les ocasionen daños⁷. Es en 2003 cuando el Código Penal distingue entre los daños a los animales domésticos y a las cosas resultando por lo tanto paradójico que el Código Civil español continúe ignorando que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad⁸.

En efecto hasta el momento en España ya fue reformado el Código Penal y, también, el Código Civil catalán, disponiendo, expresamente, que los animales no son cosas⁹. Sin embargo, debido a que todavía persiste el anacronismo legal y, con la finalidad de superarlo, es preciso modificar la rúbrica del Libro segundo del Código Civil español y del Título primero del citado Libro, varios artículos de dicho texto

⁴ ARRIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo tratamiento civil de los animales”, *Diario La Ley*, núm. 9136, 2018, p. 4.

⁵ ARRIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo”, cit., p. 4.

⁶ Exposición de motivos de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

⁷ PÉREZ MONGUIÓ, J. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales*, cit., p. 136.

⁸ Exposición de motivos, cit.

⁹ Exposición de motivos, cit.

legal, 1 de la Ley Hipotecaria y 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera los derechos de los animales se equipararían a los existentes en otros países que, ya hace un tiempo, procedieron a reformar su legislación.

Siguiendo la línea marcada por el Derecho de la Unión Europea y por el Código Civil francés y portugués, se pretende llevar a cabo, en España, una formulación positiva diferenciando a los animales de las personas, las cosas y otras formas de vida como las plantas, mientras que, las primeras reformas efectuadas en los Códigos Civiles europeos (Austria, Alemania y Suiza) establecieron una visión negativa disponiendo que los animales no son cosas o no son bienes¹⁰.

De los cuatro Libros que forman parte del Código Civil español actualmente la rúbrica del segundo es “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones” estableciendo la proposición de ley que se titule “De los animales, los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”. Se plantean enmiendas para introducir la preposición de: “De los animales, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”, atendiendo a la necesidad de una mejor redacción técnica¹¹ y a la distinción entre animales y bienes que se intenta conseguir con la reforma¹².

Así mismo la proposición de ley señala que la rúbrica del Título primero del Libro segundo del Código Civil “De la clasificación de los bienes” pase a ser “De la clasificación de los animales y bienes. Disposiciones preliminares”. De este modo desaparece el rótulo independiente titulado “Disposición Preliminar”. Se presentan enmiendas con el fin de lograr la siguiente redacción: “De la clasificación de los animales y de los bienes. Disposiciones preliminares”, amparándose en la conveniencia de una mejor redacción técnica¹³ y en la distinción entre animales y bienes sobre la que gira la reforma¹⁴.

El artículo 333 del Código Civil, que se limita a clasificar las cosas en bienes muebles e inmuebles, pasa a ser el nuevo artículo 333 bis, que se amplía distinguiendo entre las cosas y los animales.

En el Código Civil se propone introducir un nuevo artículo 333 que califica a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad, establece las limitaciones al derecho de propiedad y la responsabilidad de los daños producidos por terceros.

¹⁰ Exposición de motivos, cit.

¹¹ Enmienda número 51. Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea 6 de marzo de 2018, p. 40 y Enmienda número 108. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, p. 72.

¹² Enmienda número 8. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 7 y Enmienda número 84. Grupo Parlamentario Socialista, p. 58.

¹³ Enmienda número 52. Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea 6 de marzo de 2018, p. 41 y Enmienda número 108. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, p. 72.

¹⁴ Enmienda número 9. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 8.

2. Concepto

Existe una doble relación de las personas físicas con los animales ya que pueden provocar sentimientos negativos de peligro en los seres humanos, tanto en la salud como en la integridad, y, también, son una vía de sustento, comercio y ocio¹⁵.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los animales de compañía se realizó en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 y España lo aprobó 28 años después, concretamente el 9 de octubre de 2015, convirtiéndose, de este modo, en el Estado miembro de la Unión Europea número 18 adherido al mismo. El citado Convenio define a los animales de compañía como aquellos que sean tenidos o estén destinados a ser tenidos por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía.

Si bien el mencionado Convenio se refiere a los animales de compañía en otros Convenios y legislaciones se ha regulado sobre los animales de producción, incluyéndose los destinados a nuestra alimentación, los que sirven para la experimentación y otras finalidades científicas y, también, los utilizados en espectáculos y fiestas populares¹⁶, ya que existen diversas categorías de animales recibiendo distinto tratamiento jurídico los de compañía que, por ejemplo, los salvajes o los destinados al consumo humano.

Todas las comunidades autónomas de España cuentan con ley de protección de animales; algunas se limitan a los de compañía mientras que, otras, regulan la protección de los animales con carácter general. Sin ningún lugar a dudas en esta materia se echa en falta una legislación nacional ya que, en función del territorio, no es diferente la sensibilidad sobre los animales de unos españoles y otros¹⁷.

La definición de animal de compañía según el citado Convenio no coincide con la aportada por las distintas leyes autonómicas ni tampoco con la del Reglamento número 576/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía; la de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; la de la Ley 8/2003 de sanidad animal o la del Código Penal.

A pesar de que existen distintas definiciones todas ellas tienen como punto en común la finalidad no lucrativa, es decir, extrapatrimonial, de la relación con el animal¹⁸.

La inmensa disparidad normativa y jurisprudencial sobre el concepto de animal de

¹⁵ PÉREZ MONGUIÓ, J. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales*, cit., pp. 136-137.

¹⁶ ARRIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo”, cit., p. 2.

¹⁷ ARRIBAS Y ATIENZA P.: “El nuevo”, cit., p. 3.

¹⁸ Justificación de la Enmienda número 28. Grupo Parlamentario Ciudadanos. 6 de marzo de 2018. Miguel Ángel Gutiérrez Vivas, p. 23.

compañía lleva a presentar varias enmiendas a la proposición de ley. El objetivo de las mismas es incorporar, en el Código Civil, una definición de animal de compañía para, de este modo, unificar criterios. En este sentido se plantea que, al artículo 333 del citado texto legal, se le añada un nuevo apartado, que se corresponde con el quinto, ya que, en la proposición de ley, el citado precepto solo cuenta con cuatro. Dicho apartado dispone que “Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en todo caso a los efectos de este Código, será considerado animal de compañía todo aquel que, perteneciente a cualquier especie, convive con el ser humano en domesticidad y depende de aquel para su subsistencia, respetando las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies”¹⁹. También se propone que el nuevo apartado señale que “A los efectos de este Código, será considerado animal de compañía todo aquel que, perteneciente a cualquier especie animal, convive con el ser humano en domesticidad y depende de aquel para su subsistencia”²⁰. Otro planteamiento consiste en que el apartado segundo del artículo 333 del Código Civil contenga la siguiente redacción “Se consideran animales de compañía, de cualquier especie, a aquellos destinados o dedicados de forma persistente a la propia relación con su dueño, quedando su función y uso afectos a un interés extrapatrimonial del mismo. Se presumirá, salvo prueba en contrario, la condición de animal de compañía a gatos y perros”²¹. Otra propuesta es que el apartado cuarto del mencionado precepto sea el que incorpore una definición al respecto disponiendo el citado apartado que “Sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y, en todo caso, a los efectos de este código, será considerado animal de compañía todo aquel que, con independencia de su especie o de su condición de salvaje, domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía, sin perjuicio de las prohibiciones legales sobre tenencia de determinadas especies”²².

Por otra parte, es conveniente hacer hincapié en que la distinción entre los animales domésticos y los salvajes se encuentra en la pertenencia a una determinada especie, no en sus concretas cualidades. En efecto, no es factible que un animal salvaje se convierta en doméstico y viceversa. De este modo una serpiente venenosa se considera un animal salvaje, aunque se encuentre encerrada en una caja en la vivienda de su poseedor, y, un perro es un animal calificado como doméstico, a pesar de que se halle asilvestrado en las montañas, sin dueño alguno²³. En este sentido se pronuncian los tribunales indicando que un perro no pierde su condición de animal doméstico por el hecho de que se encuentre asilvestrado²⁴.

¹⁹ Enmienda número 13. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 10.

²⁰ Enmienda número 111. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, pp. 73-74.

²¹ Enmienda número 28. Grupo Parlamentario Ciudadanos. 6 de marzo de 2018. Miguel Ángel Gutiérrez Vivas, p. 22.

²² Enmienda número 85. Grupo Parlamentario Socialista, p. 59.

²³ COLINA GAREA, R.: *La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales (un análisis desde la interpretación jurisprudencial del artículo 1.905 CC)*, Reus, Madrid, 2014, pp. 45-46.

²⁴ SAP Burgos 12 enero 2000 (AC 2000, 3006), citado en COLINA GAREA, R.: *La responsabilidad civil*, cit.

II. CONSIDERACIÓN LEGAL EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Es frecuente que las parejas que deciden poner fin a su matrimonio tengan un animal de compañía ya que, con las familias españolas, conviven aproximadamente veinte millones de mascotas. Por ello, una vez que se produce la ruptura matrimonial, resulta de interés analizar cuál es el destino de tan preciado animal.

Actualmente, a la hora de fijar las medidas que rigen tras las crisis matrimoniales, los tribunales no están obligados a prestar más atención al animal de compañía que al coche familiar. Esto se debe a que el Código Civil español considera a los animales bienes muebles, sin que exista diferencia jurídica alguna con una silla que se encuentra en el domicilio familiar ya que, a los animales, se les da el tratamiento jurídico de cosas a pesar de que nunca lo han sido. Además, se ha de tener presente que su naturaleza indivisible conlleva la aplicación del artículo 401 del Código Civil, según el cual “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

Así pues si el animal pertenece “pro indiviso” a varios miembros de la familia, nos encontramos ante una comunidad, siendo necesario arbitrar un sistema adecuado a su naturaleza indivisible (artículos 392 y siguientes del Código Civil)²⁵. A modo de ejemplo, partiendo de la jurisprudencia recogida por Gil Membrado²⁶, esta situación acontece si una pareja de hecho convive durante nueve años en un régimen de comunidad de bienes existiendo una confusión entre los patrimonios de ambos. Cuando se produce la ruptura de la unión se estima la copropiedad del animal ya que fue encontrado durante la convivencia. Al ser indivisible, se adjudica a uno de ellos indemnizándose al otro, tal y como dispone el artículo 404 del citado texto legal, o bien se concede una tenencia compartida de la mascota, a la que se alude en el precepto 394, adoptándose esta segunda solución en la sentencia comentada²⁷.

En el supuesto de que en el matrimonio rija el régimen económico matrimonial de gananciales y el animal sea ganancial (artículo 1.347 del Código Civil), se le considera un bien más en el activo de la sociedad, lo que implica que, o bien se vende, repartiéndose el dinero recibido entre los cónyuges, o bien se valora económicamente y se atribuye a uno de ellos. Sin embargo, si el animal es privativo (artículo 1.346 del Código Civil), permanece con su propietario²⁸.

En este sentido resulta de interés la sentencia que considera que la demandada es la única propietaria del perro que su tía le transmitió por donación mientras convivía con su pareja de hecho. Una vez que tuvo lugar la ruptura de la unión la actora pretende indemnizar a la otra parte la mitad del valor económico del animal para convertirse, de este modo, en la única propietaria del mismo. Con carácter

²⁵ GIL MEMBRADO, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 72.

²⁶ GIL MEMBRADO, C.: *Régimen*, cit.

²⁷ SJPI, núm. 2, Badajoz, 7 octubre 2010.

²⁸ GIL MEMBRADO, C.: *Régimen*, cit., p. 60.

subsidiario propone la tenencia compartida con periodos de convivencia de idéntica duración. El juzgado desestima la demanda ya que las parejas de hecho no se someten automáticamente a un régimen de comunidad de bienes sino que, para ello, es preciso que manifiesten su voluntad de formar una comunidad considerándose que, en este caso, la donataria no quiso que el perro fuera de titularidad común. En efecto, a pesar de que la actora sufraga gastos del animal durante la convivencia y pasa periodos de tiempo con el perro tras la ruptura, se estima que la demandada es la propietaria en exclusiva del animal, lo cual se encuentra respaldado por el hecho de que figura como única titular del perro tanto en el registro de animales de compañía como en la cartilla sanitaria y en la de identificación oficial de animales de compañía²⁹.

La nueva consideración legal que se pretende que tengan los animales en España, como seres vivos dotados de sensibilidad, conlleva la modificación de las normas que regulan las crisis matrimoniales. De hecho, en el Código Civil, es preciso reformar el artículo 90, crear el 94 bis y modificar el 103. Los citados preceptos obligarán al juez no solo a fijar las medidas en relación con los hijos y las propiedades de la pareja sino también a concretar detalladamente el destino de los animales de compañía.

En efecto la reforma que está en marcha obliga a la autoridad judicial a señalar el régimen de guarda y custodia de las mascotas, que puede recaer en uno solo de los cónyuges o ser compartida entre ambos y, también, a fijar “el reparto de los tiempos de disfrute”, es decir, el régimen de visitas, si lo considera necesario. Así mismo podrá ser objeto de litigio la pensión por gastos de manutención de los animales de compañía. Se estima que, en la mayoría de los casos, se estipulará una guarda y custodia compartida, con reparto de gastos.

En la proposición de ley que, el 12 de diciembre de 2017, pasó a la fase de enmiendas en el Congreso de los Diputados se señala que el juez, a la hora de concretar el futuro de los animales de compañía, debe tener en cuenta “el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal”. Por lo tanto, se estipula el criterio que ha de seguir la autoridad judicial.

En otro orden de cosas es preciso señalar que la proposición de ley cuenta con una enmienda que trata de añadir un apartado décimo al artículo 92 del Código Civil, que hasta ahora tiene nueve apartados. La finalidad de la misma es incluir el maltrato animal entre los criterios que debe de valorar el juez a la hora de otorgar la guarda y custodia del menor de edad, una vez que se produce la ruptura de los progenitores³⁰. La redacción del citado apartado es la siguiente “Se apreciará también, a los efectos de las decisiones a las que se refieren los apartados anteriores, la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar al menor u a otras personas con las que conviva”.

²⁹ SJPI, núm. 40, Madrid, 12 marzo 2013.

³⁰ Enmienda número 79. Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. 6 de marzo de 2018, p. 55.

La justificación de esta enmienda es que existen estudios que indican que maltratar a los animales de compañía es una táctica que, en ocasiones, emplean los agresores para provocar sufrimiento a los menores de edad. Por lo tanto es necesario protegerlos de este tipo de agresores ya que, de no hacerlo, existe riesgo de delincuencia juvenil y de desarrollar actitudes agresivas y conductas antisociales³¹.

1. Convenio regulador

En la separación judicial (artículo 81 del Código Civil) y el divorcio judicial (artículo 86 del Código Civil) convencional o de mutuo acuerdo, la demanda deben interponerla conjuntamente los dos cónyuges, aunque cabe la interposición individual de la demanda acreditando contar con el consentimiento del otro. Es necesario que una propuesta de convenio regulador acompañe a la citada demanda. Ante la decisión de los cónyuges de separarse o divorciarse el juez se limita a comprobar que se cumplen los requisitos legales, es decir, la existencia de matrimonio, el transcurso de al menos tres meses desde su celebración y la voluntad expresa de los contrayentes de separarse o divorciarse. En ningún caso entrará a valorar los motivos que llevan a los cónyuges a tomar la decisión. No obstante, la misión del juez es diferente en relación al convenio regulador presentado por las partes ya que deberá analizar el contenido del mismo y no podrá aprobar aquella parte que sea dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Sin embargo, desde la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, los cónyuges tienen la posibilidad de acordar su separación de mutuo acuerdo (artículo 82 del Código Civil), o su divorcio de mutuo acuerdo (artículo 87 del Código Civil), ante notario o secretario judicial (letrado de la administración de justicia), siempre que no haya hijos menores de edad no emancipados o hijos menores o mayores con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. En estos casos la escritura pública o el decreto declaran la separación o el divorcio y formalizan el convenio regulador.

A) Artículo 90 del Código Civil

El artículo 90 del Código Civil señala los extremos que, al menos, debe contener el convenio regulador. La disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, añade “siempre que fueran aplicables” siendo, de este modo, más precisa la redacción del precepto ya que si, por ejemplo, se trata de un matrimonio sin hijos, no hay que fijar medidas sobre las relaciones paterno-filiales, a pesar de que es uno de los extremos mencionados en el citado artículo.

No es extraño que, en el convenio regulador de una crisis matrimonial, se fijen acuerdos sobre los animales de compañía ya que, en virtud del principio de la

³¹ Enmienda número 79, cit.

autonomía privada o de la autonomía de la voluntad, contemplado en el artículo 1.255 del Código Civil, se permite a las partes estipular las cláusulas que estimen convenientes, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público.

Por lo tanto es posible que el convenio regulador contenga un pacto relativo al derecho de visitas sobre el animal, limitándose la trascendencia del mismo a la relación entre las partes, sin que resulte factible la ejecución dentro del propio proceso de familia³². Sin embargo cabe pensar que, si el contenido del pacto es legítimo, el artículo 90 del Código Civil estima la fuerza ejecutiva de las medidas recogidas en el convenio regulador puesto que es factible que se hagan efectivos por la vía de apremio, una vez que han sido aprobados por la autoridad judicial³³.

Los tribunales se pronuncian al respecto disponiendo que “el acuerdo consiste en la posesión del animal cada dos fines de semana al mes: Matías el primero y el tercero desde las 20 horas del viernes hasta las 20 del domingo permaneciendo el resto del tiempo con Francisca. Igualmente lo tendrá Matías en su periodo de vacaciones comunicándose previamente a Francisca”³⁴. En esta misma línea también se establece que “Tal derecho que el actor pretende que le sea reconocido y garantizado por los tribunales a visitar a Yako, dimana de un pacto entre ambos esposos recogido en el convenio regulador de su separación matrimonial. Efectivamente, en el pacto quinto del convenio regulador, se recoge textualmente que: Doña Flor se adjudica el perro raza Golden Retriever, que es de su propiedad, con el chip NUM000, pudiéndolo visitar el Sr. Santiago siempre que quiera, previo acuerdo con Doña Flor”³⁵.

No obstante, aunque sea un criterio considerablemente minoritario, los tribunales en ocasiones también sostienen la conveniencia de desechar un régimen de visitas sobre el animal³⁶. En este sentido se manifiesta que “respecto a la medida solicitada relativa a una especie de régimen de visitas o comunicaciones para con un perro propiedad del matrimonio, consideramos anacrónica su adopción en un proceso de separación matrimonial tal como se propone en línea similar a las medidas relativas previstas en la ley para con los hijos comunes, por ello entendemos las razones expuestas por la Juzgadora de instancia para su inadmisión que mantenemos, aun cuando podamos reconocer el cariño que procesa al animal el recurrente y su voluntad de tenerlo también en su compañía (...)”³⁷.

En relación con el contenido del convenio regulador actualmente la letra C del artículo 90 del Código Civil se refiere a “la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. Sin embargo, la propuesta de ley introduce una nueva letra C que hace alusión a “el destino de los animales de compañía, caso de que existan, teniendo en

³² GIL MEMBRADO, C.: *Régimen*, cit., p. 62.

³³ Díez-PICAZO JIMÉNEZ, G.: “Convenios reguladores y animales domésticos”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007.

³⁴ SAP León 25 noviembre 2011 (JUR 2011, 427786).

³⁵ SAP Barcelona 5 abril 2006 (JUR 2006, 171630).

³⁶ GIL MEMBRADO, C.: *Régimen*, cit., p. 62.

³⁷ SAP Coruña 6 abril 2006 (JUR 2006, 144284).

cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute si fuere necesario”.

Con el propósito de evitar la cosificación de los animales se plantean enmiendas que tratan de cambiar la terminología “reparto de los tiempos de guarda y cuidado”³⁸ o bien “reparto de los tiempos de cuidado”³⁹ en vez de considerar a los animales susceptibles de “disfrute” por parte de las personas físicas. Además, en la letra C del citado precepto, se pretenden incorporar las cargas asociadas al cuidado conjunto de los animales, es el caso, por ejemplo, de los gastos veterinarios⁴⁰.

En virtud de lo anteriormente señalado es conveniente resaltar que “De la práctica forense en los juzgados y tribunales de familia puede colegirse que, incluso, ha dejado de ser anecdótico que en convenios reguladores se establezcan acuerdos minuciosos sobre animales de compañía (...) o que se establezcan eventuales derechos de utilización alterna respecto de perros, gatos y hasta de tortugas o lagartos (...). Mas, no obstante lo anterior, la estadística judicial respecto a esta clase de ejecuciones pone de relieve que no suele ser frecuente la litigiosidad, puesto que el sentido común, y la medida de lo que resulta razonable, aconsejan a las personas que no deben establecer litigios respecto a tales hipotéticos derechos que, aun estando recogidos contractualmente, trascienden de lo jurídico o, con más precisión, de lo jurídicamente exigible”⁴¹.

2. Efectos comunes a la separación, divorcio y nulidad

A) Artículo 94 bis del Código Civil

La propuesta de ley crea el nuevo artículo 94 bis del Código Civil que se refiere a los efectos comunes a la separación, divorcio y nulidad. El citado precepto dispone que “La autoridad judicial confiará los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal”.

Se presentan enmiendas a este artículo manteniendo los criterios en los que se debe basar el juez para tomar la decisión pero incorporando expresamente, en la redacción de este precepto, que la valoración de los mismos se efectúa “con independencia de la titularidad dominical del animal”⁴². De este modo se evita el problema, que a veces se suscita en la práctica, de que el titular del animal considera

³⁸ Enmienda número 5. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 5 y Enmienda número 106. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, p. 71.

³⁹ Enmienda número 82. Grupo Parlamentario Socialista. p. 57

⁴⁰ Enmienda número 5. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 5; Enmienda número 82. Grupo Parlamentario Socialista. p. 57 y Enmienda número 106. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, p. 71.

⁴¹ SAP Barcelona 5 abril 2006 (JUR 2006, 171630).

⁴² Enmienda número 7. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 6; Enmienda número 83. Grupo Parlamentario Socialista, p. 57 y Enmienda número 107. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, p. 72.

que tiene preferencia sobre el mismo.

Una de las enmiendas que se efectúa a la proposición de ley hace alusión a la necesidad de referirse tanto al propietario como al poseedor (o al dueño como concepto expresivo de ambas) ya que, ante un divorcio, es más importante quien tiene una relación de compañía con el animal, de carácter extrapatrimonial, que quien cuenta con el título de propietario del mismo. Es decir, en una crisis matrimonial, se debe revisar la relación efectiva que, con el animal de compañía, tienen los miembros de la familia, sin que, por lo tanto, se acuda a la simple titularidad del derecho de propiedad⁴³.

No obstante, lo señalado es conveniente tener presente una enmienda a la proposición de ley en la que se plantea añadir un apartado noveno al artículo 1.346 del Código Civil, que enumera, hasta ahora en ocho apartados, los bienes que son privativos de cada cónyuge. Este nuevo apartado se refiere a los animales de compañía que ya poseía uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, catalogándolos como bienes privativos. Con esta inclusión se pretenden evitar posibles conflictos que puedan surgir en el reparto de la tenencia de los animales de compañía, cuando se produce la crisis matrimonial⁴⁴.

B) Artículo 103 del Código Civil

Existen medidas previas a la presentación de la demanda, también llamadas provisionalísimas; medidas provisionales derivadas de la admisión de la misma y medidas definitivas.

La finalidad de las provisionales es garantizar los intereses personales y patrimoniales más elementales de los cónyuges durante la tramitación del procedimiento. Por lo tanto, tienen vigencia hasta que se pone fin al mismo y entran en vigor las definitivas.

Una vez admitida la demanda de separación, divorcio o nulidad se producen por ministerio de la ley, es decir, automáticamente, los efectos que se señalan en el artículo 102 del Código Civil y la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, fija las medidas previstas en el artículo 103 del citado texto legal, es decir, las relativas a las relaciones paterno-filiales, al uso de la vivienda familiar, determina qué bienes y a qué cónyuge se atribuye la posesión de los gananciales o comunes y señala la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio.

La proposición de ley introduce una nueva medida segunda en el artículo 103 del Código Civil “Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al

⁴³ Justificación de la Enmienda número 28. Grupo Parlamentario Ciudadanos. 6 de marzo de 2018. Miguel Ángel Gutiérrez Vivas, p. 23.

⁴⁴ Enmienda número 70. Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. 6 de marzo de 2018, p. 50.

bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

III. REFERENCIA A OTRAS REFORMAS DERIVADAS DEL NUEVO TRATAMIENTO JURÍDICO

1. Embargo e hipoteca

La proposición de ley, además de conllevar cambios en los efectos de las crisis matrimoniales, supone otras muchas consecuencias jurídicas. Entre ellas cabe destacar la modificación tanto del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, para impedir que se extienda la hipoteca a los animales de compañía, ya que la nueva redacción dispone que “No cabe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía”, como del artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para declarar que los animales de compañía son inembargables ante los impagos de rentas por parte de sus dueños. Es preciso hacer alusión a que la reforma limita la prohibición de embargo a los animales de compañía ya que, si éstos generan rentas, es posible embargarlas. Es el caso del dinero obtenido por el hecho de que el animal participa en un anuncio⁴⁵.

2. Maltrato, abandono y sacrificio

Los animales, como sujetos pasivos, pueden sufrir daños como consecuencia de una acción u omisión del ser humano. Así pues, la acción directa de las personas físicas se observa, por ejemplo, en el abandono, las peleas o el maltrato, aunque existe maltrato por omisión. Omisión que también se produce en el caso de falta de alimentación⁴⁶.

Teniendo presente que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, los propietarios deben ejercitar las facultades de uso, disfrute y disposición, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel e innecesaria, es decir, velando por su bienestar⁴⁷. Con el objetivo de impedir la cosificación de los animales se plantea una enmienda a la exposición de motivos de la proposición de ley con la finalidad de suprimir las expresiones “uso, disfrute y disposición” y en su lugar hacer alusión a “cualquier facultad sobre el animal amparada por dicha relación

⁴⁵ ARRIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo”, cit., p. 9.

⁴⁶ PÉREZ MONGUIÓ, J. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales*, cit., p. 244.

⁴⁷ Cuarto párrafo del punto II de la exposición de motivos de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

de propiedad”⁴⁸.

En relación con la limitación del derecho de propiedad la nueva redacción del artículo 333 del Código Civil especifica ciertas acciones vetadas al propietario. Es el caso del maltrato, el abandono y, también, el sacrificio, excepto en supuestos permitidos por la legislación como, por el ejemplo, el sufrimiento de una enfermedad incurable o la existencia de peligro para la salud o la vida de las personas⁴⁹.

La reforma de 2015 estableció penas más severas, en el artículo 337 del Código Penal, para el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal provocándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o le sometan a explotación sexual⁵⁰.

Como consecuencia de acciones como maltrato, mutilaciones, agresiones, peleas, los animales pueden sufrir diversos daños físicos de sencilla apreciación: contusiones, conmociones, distensiones, fracturas, heridas o quemaduras. Igualmente pueden padecer daños psicológicos, como miedo, tristeza, ansiedad o estrés, que, sin duda, son más difíciles de detectar⁵¹.

3. Responsabilidad por daños

Es preciso reparar los daños causados a los animales. Sin embargo, surge la cuestión de cuál es el interés jurídicamente protegido cuando son víctimas de daños. Es decir, la cobertura legal es a los derechos de los animales o a los de sus propietarios. Al respecto surgen posiciones enfrentadas, por un lado, se encuentra una concepción antropocentrista, en virtud de la cual los animales deben ser protegidos porque son útiles para el ser humano, y, por otro, una biocentrista o ecocentrista, que considera que, a los seres vivos, se le han de reconocer derechos e intereses legítimos⁵².

El Código Civil español, en el nuevo artículo 333, contempla las lesiones ocasionadas en el animal por un tercero, que conllevan la responsabilidad por el coste total de la curación, incluso cuando sea mayor al valor económico del animal. También hace alusión al fallecimiento, a la privación de un miembro o un órgano importante y a la afectación grave o permanente de su capacidad de locomoción, que permiten al propietario reclamar, además del valor del animal en caso de muerte o los gastos veterinarios de curación, una indemnización por el daño moral sufrido,

⁴⁸ Enmienda número 2. Grupo Parlamentario Mixto. Firmante: Enric Bataller i Ruiz. 5 de marzo de 2018, p. 2.

⁴⁹ ARRIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo”, cit., p. 3.

⁵⁰ Artículo 337 redactado por el número 181 del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵¹ PÉREZ MONGUIÓ, J. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales*, cit., pp. 242-243.

⁵² PÉREZ MONGUIÓ, J. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales*, cit., p. 19.

y, el resto de los convivientes con el animal igualmente podrán exigir dicha indemnización⁵³.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no solo se pueden causar daños a los animales ya que también es posible que sean éstos los que ocasionen los daños. De hecho, el Código Civil español cuenta con un precepto, el 1.905, que está dedicado, exclusivamente, a la responsabilidad por los daños generados por los animales que están sujetos al control de los seres humanos. Por lo tanto, con independencia de la distinción entre los animales domésticos y salvajes, que ha sido explicada anteriormente, se aplica la responsabilidad contemplada en el citado precepto siempre que el animal se encuentra bajo la posesión o el servicio del ser humano, tanto si es doméstico como si es salvaje. Con carácter general la jurisprudencia y la doctrina más actual se manifiestan en esta línea admitiendo que se aplique el artículo 1.905 del citado texto legal a los daños causados por los animales salvajes si están sujetos a la posesión o el servicio del hombre⁵⁴.

Así pues, si los animales que están bajo el dominio, la posesión o el servicio del ser humano causan daños surge la responsabilidad civil extracontractual aunque el sujeto responsable actuara diligentemente y sin culpa alguna. En efecto el propietario o el poseedor del animal demandado es responsable a pesar de que sea capaz de demostrar que actuó con la diligencia normalmente exigible, existiendo, por lo tanto, una responsabilidad objetiva sin culpa⁵⁵. Tal y como manifiesta el artículo 1.905 del Código Civil “Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”. Además, el citado precepto dispone que la responsabilidad por los daños ocasionados recae sobre el poseedor del animal incluso en el supuesto de que se le escape o extravíe.

En efecto, el artículo 1.905 del citado texto legal hace alusión a la responsabilidad objetiva y sin culpa. La jurisprudencia reiteradamente ha manifestado que, en el ordenamiento jurídico, el mencionado precepto es uno de los escasos supuestos en los que se admite una responsabilidad objetiva. Así pues, es suficiente que un animal ocasione un daño o perjuicio para que su dueño o poseedor incurra en responsabilidad, siendo únicamente causa de exoneración la fuerza mayor o la culpa de la víctima. Además es una responsabilidad sin culpa y por el riesgo que genera la tenencia de un animal⁵⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo tratamiento civil de los animales”, *Diario La Ley*, 2018.

⁵³ ARIBAS Y ATIENZA, P.: “El nuevo”, cit., p. 5.

⁵⁴ COLINA GAREA, R.: *La responsabilidad*, cit., pp. 50-52.

⁵⁵ COLINA GAREA, R.: *La responsabilidad*, cit., p. 10.

⁵⁶ COLINA GAREA, R.: *La responsabilidad*, cit., pp.12-19.

COLINA GAREA, R.: *La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales (un análisis desde la interpretación jurisprudencial del artículo 1.905 CC)*, Reus, Madrid, 2014.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G.: “Convenios reguladores y animales domésticos”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007.

GIL MEMBRADO, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014.

GÓMEZ-MANPASO DEL PALACIO, R.: *Las distintas formas de responsabilidad derivada de la tenencia de animales*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Los animales y el Derecho*, Aranzadi, Madrid, 1999.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M., RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: *Los animales como agentes y víctimas de daños*, Bosch, Barcelona, 2008.



LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO LÍMITE A LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PAREJAS DE HECHO*

PRIVATE AUTONOMY AS A LIMIT TO THE CIVIL PARTNERSHIP REGULATION

AURELIO BARRIO GALLARDO
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza
abarrio@unizar.es

RESUMEN: La admisión del matrimonio gay ha supuesto en materia de parejas de hecho un punto de inflexión que hace innecesaria la tendencial equiparación entre dos realidades familiares que son diferentes. Tras la STC 23 abril 2013 (RTC 93) se invierten los términos habituales y la autonomía privada queda constituida como un límite a la acción del legislador. En este nuevo escenario quienes no operen con suficiente diligencia y precaución se ven condenados a una convivencia prácticamente huérfana de cualquier respaldo jurídico. No parece, sin embargo, que tal aproximación, entre utópica y libertaria, resulte la más propicia a los interesados cuyos intereses quedarían mejor atendidos mediante una regulación estatal mínima de carácter dispositivo que después pudieran modificar a su gusto.

PALABRAS CLAVE: convivencia more uxorio; anomia; autonomía de la voluntad; normativa imperativa.

ABSTRACT: The admission of gay marriage has been a turning point in the matter of civil partnership, which makes unnecessary the tendency to equate two family realities that are different. After the STC 23 April 2013 (RTC 93) the usual terms are reversed and private autonomy is constituted as a limit to the action of the legislator. In this new scenario, members of the unmarried couple who are not diligent and cautious enough are condemned to an almost orphan coexistence of any legal support. It does not seem however that such an approach -between utopian and libertarian- is the most propitious to those whose interests would be better served by a minimum state regulation of dispositive nature that later they could modify to their liking.

KEY WORDS: cohabitation; civil partnership; anomaly; private autonomy; statutory regulation.

FECHA DE ENTREGA: 25/05/2018 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/06/2018

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Las transformaciones y los resquicios del proceso en tiempo de crisis y cambios sociales» (DER2016-79363-R) y del Grupo de Investigación “DE IURE” (S26_17R), subvencionado por el Gobierno de Aragón y la Unión Europea (Fondos FEDER) de los que es IP el Dr. J.F. HERRERO PEREZAGUA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- 1. Matrimonio y parejas de hecho.- 2. La admisión del matrimonio homosexual.- II. LA AUSENCIA DE UN MARCO GENERAL Y SUS CONSECUENCIAS.- 1. Pasividad estatal ante un fenómeno social creciente.- 2. Disparidad de criterios doctrinales y casuismo jurisprudencial.- 3. Exuberancia legislativa autonómica.- III. UN MAREMÁGNUM LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.- IV. ROMPER UNA LANZA POR UNA LEY ESTATAL DE UNIONES LIBRES.- V. LA STC DE 23 ABRIL DE 2013 (RTC 93): UN NUEVO ESCENARIO.- 1. Anomía o ausencia de regulación.- 2. Dicotomía autonomía privada-ley imperativa.- 3. Inconstitucionalidad del “modelo factual”.- 4. Un sistema bipolar: mera unión de hecho y pareja estable formalizada.- VI. ANOTACIONES CRÍTICAS SOBRE EL FUTURO.- 1. El hombre primitivo y la anomía convivencial.- 2. *Les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins?*- 3. La conveniencia de un marco general dispositivo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Matrimonio y parejas de hecho

La convivencia *more uxorio* es una realidad que puede remontarse a tiempos inmemoriales, pero que sólo en el presente aparece inscrita en la normalidad tanto social como jurídica. En el caso español antes de los años 80 constituía todavía un fenómeno si no patológico, al menos anómalo¹. Existe un cierto consenso en no referirse a este fenómeno como «concubinato» por las connotaciones peyorativas que ofrece el término² dando a entender que se estaría ante una unión extramatrimonial menos estricta para sujetos a quienes el ordenamiento prohíbe casarse entre sí.

Siendo esto cierto, no lo es menos que personas con una determinada orientación sexual se veían hasta hace poco impedidas para acceder al derecho constitucional previsto en el art. 32 CE. Tal privación condujo a un mimetismo entre ambas realidades -una institucional y otra meramente social- que se fueron pareciendo cada vez más entre sí pese a representar paradigmas familiares completamente diferentes. Un fenómeno de aproximación entre dos situaciones que conducía a una suerte de “matrimonialización de la pareja de hecho”³.

Esta situación, inexistente en la actualidad, propició un intento de tipificación de la pareja estable ofreciéndole un estatus cuasi-marital, que podía comenzar a percibirse

¹ TORRES LANA, J. A.: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, p. 1.

² ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1986, p. 81; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Las uniones extramatrimoniales”, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 310.

³ LLEBARÍA SAMPER, S.: *Hacia la familia no matrimonial (Presente y futuro en el Derecho civil catalán)*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 79.

como un nuevo tipo de unión conyugal⁴. Una suerte de matrimonio *light*, donde se observaba una conducta similar a la marital, pero sin sujeción a rito ni forma quizá con ánimo de congraciarse con el colectivo *gay*. Las concomitancias ya plasmadas normativamente en forma de legislación autonómica merecieron la crítica de un sector de la doctrina al interpretar que en el fondo se estaba regulando un nuevo tipo de matrimonio “aformal” o sin rito, con el consiguiente cuestionamiento de la competencia de las CCAA para hacerlo⁵.

Unas observaciones preñadas de razón que no han sido obviadas en STC 23 abril 2013 [RTC 93] y han podido contribuir a fundar el VP del M. Sr. Manuel ARAGÓN REYES, aunque sin llegar a ser acogidas por el parecer mayoritario de la Sala. Del mismo modo, pudieron ilustrar el VP del M. Sr. RODRÍGUEZ BEREJO emitido a la STC 8 febrero 1993 [RTC 47]). Al intento de anudar idénticas consecuencias jurídicas entre la unión conyugal y las parejas estables no casadas se le había comenzado a poner freno en la doctrina constitucional a comienzos de la década de los 90. Señaló entonces el TC: “lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza” (STC 15 noviembre 1990 [RTC 184]).

2. La admisión del matrimonio homosexual

Este proceso de equiparación paulatina sufrió un punto de inflexión importante a partir de la legalización en España del matrimonio homosexual merced a la Ley 13/2005, de 1 de julio, cuyo broche de oro –tras la friolera de más siete años de intriga- lo puso la STC 6 noviembre 2012 (RTC 198) declarando su conformidad con la CE. No obstante, vino precedida de polémica pues las deliberaciones fueron arduas y el resultado acerca de su contrariedad con el art. 32 CE desembocó finalmente en verse su dictado acompañado de cuatro Votos Particulares⁶. Tras obtener el matrimonio entre personas del mismo sexo carta de naturaleza en el Derecho español, el desmantelamiento del proceso iniciado por la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, era de esperar. Cualquier atisbo remanente de analogía con la unión conyugal –al menos en cuanto al estatuto jurídicocivil de la pareja- comienza desde entonces a experimentar un serio declive.

Garantizado el *ius connubii* a toda persona en tanto que derecho constitucional con independencia de su orientación sexual, ya no es preciso en cuanto a política legislativa construir una situación fáctica paralela a la unión matrimonial. Como afirmara el TS «hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y

⁴ RUBIO TORRANO, E.: “Parejas estables y matrimonio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2000.

⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las competencias para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 80 y ss.

⁶ Cfr. PARRA LUCÁN, M. A.: “Matrimonio y “matrimonio entre personas del mismo sexo”: la constitucionalidad de la Ley 13/2005”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 273 y ss.

el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias» (STS 12 septiembre 2005 [RJ 7148]). En otras resoluciones anteriores se había puesto de manifiesto una lógica argumental parecida con ánimo de marcar distancias y evitar la aplicación analógica del *status maritalis* a esta creciente realidad social: “debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales” (STS 24 noviembre 1994 [RJ 8946]).

Así, en nuestro país quien no se casa no es porque no pueda, sino porque no quiere. Es cierto que las motivaciones que llevan a cada individuo a apartarse de la unión conyugal son muy variadas –así afirma MARTÍN-CASALS “que pueden ir de lo peregrino a lo sublime”⁷-, pero en una sociedad moderna obedecen más que a sortear los impedimentos maritales, a profundas y arraigadas convicciones personales del propio sujeto (STC 8 febrero 1993 [RTC 47], FJ 4) que en cierta forma entroncarían con el derecho a no contraer matrimonio en su vertiente negativa.

Inclinarse por la familia de hecho cuya carta fundacional no es el matrimonio, sino una pareja estable no casada, heterosexual u homosexual, constituye una expresión fundamental del libre desarrollo de la personalidad. No se trata de una simple ocurrencia; es una decisión meditada fruto de una reflexión tan honda como la propia de contraer matrimonio. Pueden oponerse razones ideológicas a la celebración del matrimonio –así en la STC 28 febrero 1994 (RTC 66) sin que ello suponga profesarle aversión a la institución conyugal. Elegir este modelo por propia convicción como estructura definitiva sobre la que sentar las bases de la familia es una opción libre al alcance de cualquier ciudadano⁸.

Frente al reconocimiento del matrimonio en el art. 32 CE, la convivencia *more uxorio* es una realidad social que puede –y acaso también conviene- que sea regulada (STC 15 noviembre 1990 [RTC 184]). No goza de idéntica garantía institucional que la unión conyugal, y así lo ha establecido reiteradamente el Tribunal Constitucional (STC 14 febrero 1991 [RTC 21]; STC 15 noviembre 2004 [RTC 1999]), pero resulta objeto de tutela teniendo cabida en el concepto plurívoco y permeable de “familia” empleado por la CE en su art. 39.

El pronunciamiento de 23 abril 2013 (RTC 93) transita por esta misma línea argumental: “la unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador” (STC 23 abril 2013 [RTC 93] y, después, STC 9 junio 2016 [RTC 110]), una afirmación que admite, de una parte, la posibilidad de que el legislador discipline jurídicamente este fenómeno y, de

⁷ MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental?: Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013, p. 26.

⁸ BARRIO GALLARDO, A.: “Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico matrimonial”, *Derecho y autonomía privada*, Comares, Granada, 2016, p. 130.

otra, implícitamente, la competencia de aquellas CCAA con Derecho civil propio ex art. 149.1.8ª CE para hacerlo (cfr. STC 11 abril 2013 [RTC 81]), sin acudir al difícil *encaje de bolillos* que supondría el recurso en esta sede a la teoría de las “instituciones conexas” plasmada en la STC 12 marzo 1993 (RTC 88).

II. LA AUSENCIA DE UN MARCO GENERAL ESTATAL Y SUS CONSECUENCIAS

1. Pasividad estatal ante un fenómeno social creciente

La actitud legislativa del Estado, frente a la proliferación de parejas estables entre la juventud como alternativa a la familia *legítima* fundada en el casamiento, ha sido de una clamorosa pasividad negándoles un tratamiento sistemático e integral⁹. Una preterición legislativa que no ha pasado inadvertida a los estudiosos de la materia y ha sido calificada desde “deslealtad constitucional”¹⁰ hasta simple “dejadez”¹¹. Si bien es cierto que existieron varias propuestas a iniciativa de diversas formaciones políticas, no lo es menos que todas fracasaron por razones de índole muy diversa.

2. Disparidad de criterios doctrinales y casuismo jurisprudencial

Que no se haya procedido a la aprobación de una Ley general de Uniones Civiles – reclamada por un autorizado sector de la doctrina– provisora de un marco mínimo con la que dotar a sus miembros de unas pautas esenciales de convivencia, ha ocasionado principalmente la aparición de dos fenómenos que han intentado llenar este vacío, aunque con resultados inciertos.

De una parte, se generó una casuística muy variada de pronunciamientos judiciales no siempre coherentes entre sí y presidida por la disparidad de pareceres. A veces se sobreentendía que había existido una comunidad tácita de bienes que suplía las carencias de no contar con un régimen patrimonial semejante al conyugal (STS 26 mayo 2006 [RJ 3341]; STS 26 enero 2006 [RJ 417]); otras, tal ausencia movía a entender una sociedad perfeccionada por actos concluyentes entre los convivientes (STS 12 septiembre 2005 [RJ 7148]; STS 22 febrero 2006 [RJ 831]; STS 8 mayo 2008 [RJ 2833]; STS 7 julio 2010 [RJ 3904])¹².

⁹ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, *Annuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 116; COCA PAYERAS, M.: “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1, 2014, p. 33.

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho...”, cit., 2006, p. 116.

¹¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2013.

¹² Cfr., además, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Efectos económicos derivados de la ruptura de las parejas de hecho”, *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 239.

La liquidación económica de esta situación estable y prolongada en el tiempo llevaba a apreciar ora un acercamiento a la regulación del matrimonio aunque a los solos efectos de proteger a una supuesta parte más débil, por analogía *iuris* con el matrimonio (STS 27 marzo 2011 [RJ 4770] y, con anterioridad, STS 10 marzo 1998 [RJ 1272]), ora a reparar el desequilibrio que ocasiona la ruptura ex art. 97 CC (STS 27 marzo 2001 [RJ 4770]; STS 5 julio 2001 [RJ 4993]; STS 16 julio 2002 [RJ 6246]). En otras más recientes parece ya sentarse cátedra a favor del enriquecimiento injusto como remedio definitivo (STS 6 mayo 2011 [RJ 3843]; STS 15 enero 2018 [RJ 76]).

Tampoco la jurisprudencia se mostraba proclive a que sus miembros pudieran reproducir las estructuras normativas típicamente conyugales, en particular el régimen económico matrimonial. Únicamente la SAT Valencia 3 junio 1987 entendió abierta esta posibilidad: “como quiera que las partes no pactaron nada sobre el régimen de bienes que iban adquiriendo en el curso de su convivencia, ha de concluirse que debe aplicarse el régimen de la sociedad de gananciales”. Una experiencia marginal que ya no volvería a repetirse.

El rechazo sistemático a la analogía impidió hacer extensivas estas normas a las uniones de hecho (STS 21 octubre 1992 [RJ 8589]; STS 11 diciembre 1992 [RJ 9733]; STS 22 julio 1993 [RJ 6274]). Sin embargo, aunque no fuera el objeto principal de la *litis*, en una resolución el TS dejaba un leve resquicio abierto a la duda. Tras rechazar la analogía entre matrimonio y unión libre, en caso de silencio de las partes, continuaba “(ello) no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta” (STS 18 mayo 1992 [RJ 4907, FJ 4]). No terminaba de descartar, por tanto, que pudiera existir un convenio en cuya virtud las partes, en ejercicio de su autonomía privada, se acogieran a un régimen de comunidad parcial.

Después de la citada resolución, la doctrina se encontraba dividida entre quienes se mostraban partidarios de ese posible sometimiento expreso a un régimen matrimonial aun cuando lo fuera de gananciales¹³, y aquellos que expresaban serias reservas acerca de tal remisión¹⁴ o le conferían simples consecuencias *inter partes*, poniendo el énfasis en distinguir entre la diversa eficacia de un contrato y un régimen económico matrimonial¹⁵.

Más adelante los tribunales se posicionarían en contra de admitir la existencia de un régimen económico matrimonial en el contexto generalizado del rechazo a la analogía e igualdad de trato jurídico entre matrimonio y unión libre (entre otras, STS 8 mayo 2008 (RJ 2833); STS 19 octubre 2006 (RJ 8976); STS 7 julio 2010 [RJ 3904];

¹³ Cfr., RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS 29 octubre 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998, p. 192.

¹⁴ TORRES LANA, J. A.: “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia more uxorio”, *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 782-783.

¹⁵ LECIÑENA IBARRA, A.: “Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 77.

STS 16 julio 2011 [RJ 4246]). Una unificación de criterios en sentido negativo de la que se hizo igualmente eco el Centro Directivo, que denegaba la inscripción de un inmueble que los miembros de la pareja de hecho inscrita pretendían aportar a su sociedad de gananciales (RDGRN 7 febrero 2013 [RJ 2908]).

Un acto de autonomía privada no podría obtener la eficacia jurídico-real de un régimen económico matrimonial ni el automatismo propio del principio de subrogación real, como tampoco la operatividad de las reglas de responsabilidad o las relaciones entre las masas patrimoniales¹⁶. Habría de reflexionarse sobre la verdadera trascendencia del principio de autonomía privada en este ámbito, pero ni el contrato es Ley, ni el Registro Civil, hace las veces de un diario oficial. No cabe REM entre las parejas de hecho, sino tan sólo sucedáneos (comunidad de bienes, sociedad civil...) que además es conveniente pactar de forma expresa para evitar consecuencias indeseadas.

Ya dejó escrito LACRUZ BERDEJO que las capitulaciones matrimoniales encontraban fundamento para su eficacia especialísima en resultar supletorias de la misma Ley¹⁷. Y tal negocio jurídico particular es un instrumento reservado exclusivamente a la unión conyugal. La comunidad científica no suele mostrarse favorable a la remisión en bloque a conjuntos normativos –como p. ej. el régimen económico matrimonial– ni a permitir el pacto de ganancialidad. Cuando se admite lo es solo con eficacia *inter partes*, sin que pueda trascender en el tráfico. Es más, uno de los usos residuales de la sociedad civil, amén de procurar una argamasa jurídica básica a este tipo contractual que en el tráfico ha quedado desplazado por las sociedades de capital, son precisamente las parejas de hecho.

Finalmente la indemnización por enriquecimiento injusto se ha ido consolidando como el remedio más adecuado para reparar el empobrecimiento patrimonial que pueda ocasionar la extinción de la convivencia tras la ruptura (STS 12 septiembre 2005 [RJ 7148]; STS 8 mayo 2008 [RJ 2833]; STS 30 octubre 2008 [RJ 404]; STS 4 febrero 2010 [RJ 264]; STS 7 julio 2010 [RJ 3904]) que se había ido postulando como idóneo entre la doctrina dominante¹⁸, para recuperar tanto la inversión como las expensas (STS 6 mayo 2011 [RJ 3843]). Cabe advertir, sin embargo, que de un tiempo a esta parte, el TS viene realizando una relectura del art. 97 CC que lo aleja de la idea original para aproximarlo a la reparación de la pérdida de oportunidades¹⁹. Si tal acontece con relaciones de naturaleza patrimonial, algo parecido se podría decir de las implicaciones personales de la pareja estable no casada. Frente a quien rechaza cualquier opción tendente a incorporar deberes tales como el de fidelidad, reservados en exclusiva al matrimonio, cuyo cumplimiento quedaría al libre arbitrio

¹⁶ Vid. BARRIO GALLARDO, A.: “Los límites institucionales a la organización económica de las parejas de hecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2017, pp. 469 y ss.

¹⁷ RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 118.

¹⁸ ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 220; MESA MARRENO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 245.

¹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto”, 2018, p. 20/37 (en prensa, texto facilitado por el autor).

de las propias partes²⁰, existe otra corriente que opone que dicho deber es una nota consustancial al tipo de las uniones extramatrimoniales lo que hace innecesario un pacto expreso. “La única diferencia es que, en el caso de las uniones de hecho, tales deberes y derechos funcionan como características y no como deberes cuyo incumplimiento produce determinadas consecuencias jurídicas”²¹. En general parece ser prevalente en la comunidad científica la opinión de que entre convivientes se produce una adhesión espontánea a tales deberes conyugales, una suerte de acatamiento voluntario de los mismos²².

3. Exuberancia legislativa autonómica

De otra parte, intentar colmar esa laguna, generada por la inacción del legislador estatal y el fracaso de las diversas iniciativas acometidas en época diversa, ha generado una exuberancia normativa de origen y naturaleza muy diversa. Encontramos un sinfín de reglas procedentes de entidades territoriales distintas del Estado. Unas veces autorizadas para legislar sobre este fenómeno social diverso del matrimonio (STC 23 abril 2013 [RTC 93]), otras con una competencia siempre cuestionada (STC 1 marzo 2012 [RTC 28]; STC 11 abril 2013 [RTC 81]) y un tercer grupo objeto de discordia donde cabría englobar la Ley valenciana -hasta fecha más reciente (STC 9 junio 2016 [RTC 110], en línea con la previa STC 28 abril 2016 [RTC 82])- y la controvertida DA3ª de la Ley Gallega, que equiparaba ambas realidades a efectos jurídico-civiles (STC 21 julio 2014 [RTC 125]).

Tampoco cabe olvidar la multitud de registros no sólo autonómicos, sino además municipales que implícitamente fijan condiciones de acceso y de cuya inscripción depende la obtención de prestaciones de carácter asistencial similares al matrimonio²³. Entre ellas algunas que por Derecho público-administrativo tiene conferida la Comunidad (permisos, concursos de traslados...) u otras, como es el caso de la pensión de viudedad, cuyos requisitos de percepción corresponde fijar al Estado ex art. 149.1.17ª CE (art. 221.2 LGSS 2015; STC 11 marzo 2014 [RTC 40] y STC 5 mayo 2014 [RTC 60], en ambas con VP). Registros –unos y otros- declarados conformes a la Constitución y cuya particular naturaleza jurídica no les hace invadir la reserva competencial del art. 149.1.8ª *if.* a favor del Estado (STC 11 abril 2013 [RTC 81]).

La práctica totalidad de autores que han dado opinión entienden que la doctrina sentada el año 2013 resulta extrapolable a otras normas que sancionan el modelo factual y aplican un estatuto jurídico de base por el simple hecho de haber

²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Acuerdos entre convivientes more uxorio”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 2001, pp. 858 y ss.

²¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, ene-dic. 1998, p. 28.

²² ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales...*, cit., 1986, p. 56.

²³ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril, y 93/2013, de 23 de abril”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, vol. 20, 2014, p. 185.

transcurrido un determinado plazo de convivencia²⁴. Pese al transcurso de los plazos establecidos en el art. 33 LOTC, no sería aventurado pensar que se llegase a formular una cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos contenidos en el Derecho civil catalán y aragonés, pues es preciso acreditar tan solo un mínimo de convivencia ininterrumpida para poder efectuar cualquier reclamación con ocasión de la ruptura.

III. UN MAREMÁGNUM LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Esta situación, ciertamente compleja para el ciudadano de a pie (pues ya lo es para el jurista), ha sido descrita respectivamente por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO como un «maremágnum jurisprudencial» y una «jungla legislativa»²⁵. La falta de determinación del legislador estatal contrasta, empero, con el entusiasmo, quizá desmedido –recuérdese la ya mentada STC 11 abril 2013 (RTC 81)- de las CCAA dando ocasión a un panorama extraordinariamente complejo y en cierta medida desconcertante”²⁶. Esta coexistencia de una multiplicidad y diversidad de regulaciones resulta caótica²⁷ y puede degenerar en “una situación injusta, incierta, ilógica, tal vez discriminatoria y sumamente compleja”²⁸.

Muchas de las leyes autonómicas se hacían eco de las soluciones que mayoritariamente había aportado la jurisprudencia, caso p. ej. del art. 310 del Código de Derecho Foral de Aragón, que materializa normativamente la ya citada técnica del enriquecimiento injusto (STS 20 octubre 1994 [RJ 7492]; 27 marzo 2001 [RJ 4770]) como remedio general para afrontar los problemas que ocasiona la ruptura de la pareja de hecho, siempre, claro está, que concurren los requisitos de la acción (STS 11 diciembre 1992 [RJ 9733]), lo que no acontece naturalmente en todos los casos (STS 15 enero 2018 [RJ 76]). El hecho de que se reiteren principios generales ya consagrados por los tribunales puede aportar mayores dosis de seguridad jurídica a quien opta por este modelo familiar alternativo al matrimonio. Aunque puedan encontrarse parecidos entre algunas Leyes autonómicas, “prácticamente en todas existe un punto de «originalidad» que las distingue de sus homólogos”²⁹.

Lo mismo cabe decir de la inclusión de elementos configuradores de normas de Derecho conflictual -p. ej. el establecimiento de puntos de conexión- práctica disconforme con la reserva *in fine* del art. 149.1.8ª CE (STC 23 abril 2013 [RJ 93], FJ

²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014, p. 217; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 5, agosto 2016, p. 344.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “De las dificultades del emparejamiento sin matrimonio”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2013, núm. 1, p. 41.

²⁶ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: “Cambio de rumbo...”, cit., p. 2.

²⁷ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho”, *Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 2012, p. 1481.

²⁸ Op. cit., p. 1503.

²⁹ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, cit., p. 117.

6, con anterioridad, STC 6 mayo 1993 [RTC 156] y STC 8 julio 1993 [RTC 226]). Se pueden encontrar hasta seis técnicas diferentes con soluciones en ocasiones contrapuestas criticadas por los internacionalistas³⁰.

Si basta únicamente con que uno de los integrantes de la pareja ostente su vecindad civil para que la Comunidad Autónoma reclame para sí el sometimiento de la unión libre a su Derecho, la polémica está servida. Esa decisión de política legislativa de sazonar la propia con una pléyade de «normas de extensión», que aumentan el ámbito de aplicación a sujetos que no ostentan dicha vecindad civil ni residen en el territorio de la Comunidad en cuestión³¹ denota un prurito de chauvinismo jurídico propio del etnocentrismo, igualmente criticable. La STC 23 abril 2013 [RTC 93]) zanja adecuadamente la cuestión. Se abre entonces el gran interrogante “de cuándo una pareja estable queda sometida a lo poco que subsiste de la legislación foral, pues las normas del CC no contemplan conflicto normativo para este estatus familiar”³².

IV. ROMPER UNA LANZA POR UNA LEY ESTATAL DE UNIONES LIBRES

Lo más probable es que un marco estatal general -una Ley de Uniones Civiles- contribuyese a unificar criterios y disipar dudas, acompañada en su caso de la posible anotación de la existencia de la pareja estable no casada en el Registro civil como sugiere el legislador aragonés (art. 304 CDFa): “toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas que le correspondan, *así como anotada y mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera*”. Por el momento este desiderátum ciertamente razonable para el buen funcionamiento del sistema, necesario para articular impedimentos o exigir prestaciones asistenciales como v.gr. la pensión de viudedad (STC 11 marzo 2014 [RTC 40] y STC 5 mayo 2014 [RTC 60] y vigente art. 221.2 LGSS 2015) no se ha visto satisfecho. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil no contempla dejar constancia, mediante anotación o inscripción, de la convivencia *more uxorio*.

Dotar a este nuevo paradigma familiar firmemente asentado en la realidad social de un marco normativo general es una exigencia que viene reclamando insistentemente parte de la doctrina³³. Un régimen dispositivo que no limitara el ámbito de la

³⁰ IRIARTE ÁNGEL, J. L.: “Conflictos de Leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, *Boletín JADO. Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, año VII, núm. 18, dic. 2009, p. 83; IRIARTE ÁNGEL, J. L.: “Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)”, *Boletín JADO. Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, año XII, núm. 24, jun. 2013, p. 172.

³¹ GOÑI URRIZA, N.: “La ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 375 y ss.

³² EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: “Cambio de rumbo...”, cit., p. 9.

³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las competencias para legislar...”, cit., p. 64; LECIÑENA IBARRA, A.: “Hacia un contractualismo...”, cit., p. 64; ROCA I TRÍAS, E.: “Repensar la pareja de hecho”, *Estudios comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 427

autonomía de la voluntad, pero permitiera al juez solucionar conflictos cuando no se hubiera acordado nada sería la respuesta más adecuada al problema³⁴. Con otra perspectiva se han efectuado estudios monográficos que promueven una mayor institucionalización jurídica de las uniones de hecho³⁵.

En defensa de la ausencia de regulación se muestra, en cambio, GARCÍA CANTERO, para quien «legislar sobre la unión de hecho o convivencia *more uxorio*, es una *contraditio in terminis*, ya que, en la mayoría de los casos, supone violar o desconocer la voluntad real de los interesados»³⁶. Otros autores, en línea de pensamiento similar, habían propuesto dejar este fenómeno social sin regulación -hacer la vista gorda jurídica- no regularlo³⁷. De ello se deduce que la encomienda de solventar eventuales problemas tras la ruptura de la unión extramatrimonial le corresponde al juez.

V. LA STC DE 23 ABRIL DE 2013 (RTC 93): UN NUEVO ESCENARIO

1. Anomia o ausencia de regulación

En parte es comprensible la filosofía subyacente en la STC 23 abril 2013 (RTC 93) en la dirección de que la pareja de hecho cobre un nuevo sentido a la luz del art. 10 CE. Parece devolver a esta convivencia familiar su prístina naturaleza como unión libre en coherencia con el parecer siempre iluminador de J.L. LACRUZ BERDEJO: “si el legislador reglamentase donde los contrayentes no quieren ninguna regla, estaría infringiendo una voluntad que acaso constituye o es expresión de unos derechos de la personalidad. El legislador se inmiscuirá arbitrariamente en la intimidad de las personas”³⁸.

Se ha sostenido así que “la regla general en materia de convivencia *more uxorio* debiera ser la no intervención del legislador”³⁹ sin que se pueda impedir la opción, que entra en el campo del libre desarrollo de la personalidad, de organizar la convivencia en pareja al margen del ordenamiento en aquello que sólo afecta a la

o, más recientemente, PULIDO QUECEDO, M.: “Las uniones de hecho ante el TC”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 865, 2013, p. 2/3.

³⁴ PARRA LUCÁN, M. A.: “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (coord. L. Prats Albentosa), vol. 1. (*Derecho de la persona, familia y sucesiones*), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 299.

³⁵ SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 2, 2008, pp. 543 y ss.

³⁶ GARCÍA CANTERO, G.: «Unde venis et quo vadis, hispanica familia?» en *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia*, AA.VV., CEU Ediciones, Madrid 2009, p. 136.

³⁷ Cfr. JORDANO BAREA, J. B.: “Matrimonio y unión libre”, *Actualidad Civil*, núm. 6, feb. 1999, pp. 189-190.

³⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Convivencia “*more uxorio*”: estipulaciones y presunciones”, *Centenario del Código civil*, t. I, Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1062.

³⁹ PANTALEÓN PRIETO, F.: “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, *Uniones de Hecho*, Universidad de Lérida, 1998, p. 71.

decisión de las personas adultas que deciden convivir⁴⁰.

Tales consideraciones llevan a algunos autores, con posterioridad al *dictum* del TC, a pensar si no se ha reconducido la disciplina de las parejas estables a lo que ésta siempre debió ser: el reconocimiento de la libertad civil de los convivientes para que definan el tipo de relación que quieran tener y las consecuencias que deseen asignarle⁴¹ o a cuestionarse el porqué del interés de integrar en el Derecho a quien libremente decide alejarse del mismo o a dudar de la necesidad de crear una regulación de un pseudomatrimonio o matrimonio *light* para sujetos que, con su comportamiento, demuestran su deseo contrario a tal hecho⁴².

Para ciertos estudiosos, a partir de la STC 23 abril 2013 (RTC 93) se estatuye un derecho fundamental de nuevo cuño, que se ha dado en llamar el “derecho a la convivencia anómica en pareja”: no es que las partes puedan establecer los pactos que consideren conveniente, sino que la pareja está obligada a regirse por aquellas normas que previamente han asumido ambos miembros⁴³. Se genera una especie de derecho a mantener la relación completamente huérfana de regulación o “anómica”⁴⁴.

2. Dicotomía autonomía privada-ley imperativa

Es de interés resaltar que, contrariamente a los presupuestos tradicionales de la autonomía privada, dicho principio constituye en esta materia una frontera frente a la acción reguladora del Estado. Afirma el TC «el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio» (STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 8).

Parecería, por tanto –y siempre en opinión del órgano garantista–, que el legislador competente, estatal o autonómico, no puede crear una norma que limite la voluntad de los particulares. No deja de resultar llamativa esta suerte de proclama libertaria que propugna una inversión de los términos establecidos en el art. 1255 CC como si el orden de los factores no alterara el producto. En vez de ser la Ley un límite a la autonomía privada pasa a ser ahora la voluntad de los sujetos la que puede imponer ciertas restricciones a la Ley (no así, a la CE, cuyos valores impregnan el obtuso concepto de “orden público”).

⁴⁰ Ibid, p. 72.

⁴¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: “Cambio de rumbo...”, cit., p. 32.

⁴² Cfr. DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013, p. 23/26.

⁴³ MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho...”, cit., p. 28.

⁴⁴ Loc. cit., p. 39.

Con todo, la inteligencia constitucional de qué deba entender por “norma imperativa” y “norma dispositiva” en la STC 23 abril 2013 ha sido objeto de crítica ora más acérrima, ora más liviana. En ella –se dice– se recogen consideraciones “confusas y poco técnicas” acerca de qué son normas imperativas y dispositivas⁴⁵. En apariencia se genera una extraña simbiosis semántica entre norma “imperativa” e “impuesta” con drásticas consecuencias que afectan al elemento central del razonamiento, pues se da a entender que el contenido supletorio de una Ley es igualmente imperativo en tanto en cuanto adquiere dicho carácter si no existe pacto en contrario por parte de los interesados:

“A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida que sólo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla, voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del art. 10.1 CE” (STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 10). Las previsiones concretas de la norma sólo serán preceptivas para los miembros de esta unión extramatrimonial “por su propia naturaleza, cuando los integrantes de la pareja estable lo soliciten”. Es precisa, por tanto, “la asunción voluntaria por los integrantes de cada unión del régimen” establecido por el legislador (cfr. STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 9).

El Alto Tribunal se distancia del entendimiento usual que se confiere a tal término “imperativo” atribuyéndole, cuando menos, un significado distinto del usual. Cualquier norma cuya fuerza de obligar no se haga depender de la decisión expresa de ambas partes, según el TC, merece semejante calificativo: “únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja” (STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 8). Ciertamente resulta discutible, pero no cabe albergar dudas de que tal es la inteligencia otorgada como ha explicado la dogmática jurídica. “Se viene a derivar que para el TC un determinado régimen jurídico establecido por el legislador y no asumido voluntariamente por los miembros de la pareja, es inconstitucional”⁴⁶.

El hilo conductor de la sentencia es que “las partes sólo pueden tener las obligaciones que asuman, bien porque así lo pacten, bien porque el legislador establezca normas cuya fuerza de obligar dependa exclusivamente de la potestad de las partes”⁴⁷; no cabe imponer a la pareja un determinado tipo de vínculo que no sea asumido de consuno por sus integrantes⁴⁸. La inconstitucionalidad comprendería así no sólo las reglas imperativas –cabría dudar de qué sucede cuándo se reproducen en

⁴⁵ MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho...”, cit., p. 39; en sentido similar, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “La legislación sobre parejas...”, cit., p. 191.

⁴⁶ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, jul-sep. 2017, p. 18.

⁴⁷ MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho...”, cit., p. 26.

⁴⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: “Cambio de rumbo...”, cit., p. 7.

la Ley máximas generales del Derecho o las normas resultan expresión de los principios constitucionales que integran modernamente el orden público-, sino también las dispositivas, en su acepción técnico-jurídica tradicional, que rigen en defecto de pacto en contrario.

3. Inconstitucionalidad del “modelo factual”

En última instancia la doctrina establecida en la STC 23 abril 2013 (RTC 93) supone renegar de una eventual atribución *ex lege* de un estatuto jurídico de base predispuesto por el legislador en tanto que una relación de análoga afectividad a la conyugal más o menos dilatada no puede conllevar automáticamente un cambio en el estado de cosas. El *dictum* constitucional desautoriza el modelo factual que se erige exclusivamente sobre una convivencia prolongada a lo largo del tiempo (STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 8) por posesión de estado al estilo del antiguo *usus* romano. El transcurso de un año –caso navarro- o de dos –p. ej. el catalán o aragonés- no comporta la intención de querer asumir un mayor compromiso civil entre las partes. No cabe presumir del simple silencio unido a la convivencia *more uxorio* tal consecuencia.

Nada hay que objetar a que no se deduzca de tal conducta una voluntad implícita que mute la naturaleza jurídica de la relación primigenia. Esa era una crítica extendida entre buena parte de la doctrina⁴⁹. Del mismo modo, el simple hecho de producirse una vida en común no tiene por qué originar el derecho a participar en los bienes y ganancias obtenidos hasta su término⁵⁰.

Resultaría en exceso paternalista desde una filosofía liberal (¿acaso libertaria?) imponer en tales casos un estatuto jurídico de base cuyas previsiones fueran eminentemente de *ius cogens*. Es probable que se aprecie en las relaciones verticales del actual Derecho de familia, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, un superávit de protección, una sobreabundancia de normas tuitivas entre dos personas adultas capaces de obrar que son plenamente conscientes de lo que pretenden, pero al tratarse en su mayoría de reglas dispositivas –en su acepción tradicional- el reproche de que resulta lesivo para la autonomía negocial prontamente decae; y lo hace porque dichas reglas jurídicas pueden ser apartadas mediante decisión en contrario de los interesados o incluso estipular un régimen alternativo en su totalidad (*opt-out agreement*).

Para que se produzca el citado salto cualitativo es precisa una cierta “formalización” de la relación de pareja. Podría ser una declaración notarial o el requerimiento de su previa inscripción en un registro público (¿el Registro Civil?) ambos con eficacia constitutiva y no meramente *ad probationem* de la pareja. La exigencia de un acto de

⁴⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Notas críticas sobre la Ley relativa de parejas estables casadas”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 2, 1999, p. 24.

⁵⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario a la STS 22 julio 1993”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993, p. 988.

adhesión *-mutatis mutandis* próximo a la manifestación del consentimiento marital-conlleva un elevado grado de institucionalización de este nuevo paradigma familiar. Los particulares habrían de realizar una declaración expresa de voluntad adhiriéndose al estatuto jurídico ya diseñado por el legislador.

Tal construcción realizada por el TC aboca a un modelo institucional de parejas de hecho en el que se requiere de una aceptación casuística e individualizada de cada par de interesados. Sólo así parece garantizarse la autonomía privada de la partes pues en otro caso, según el parecer del Alto Tribunal, se vulnera «la libertad de decisión consagrada en el art. 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad» (STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 9 y FJ 10).

No parece, sin embargo, que el *opt-in system* se compadezca adecuadamente con la tarea que en nuestra cultura jurídica se atribuye a quien ostenta el poder legislativo ni con la importancia de la voluntad popular. De forma implícita se está sancionando un modelo en el que el Estado, en vez de revestido de *imperium*, queda desprovisto de su autoridad pública para dictar reglas abstractas y generales; actúa como una suerte de agente privado, como si tratara de alguien que proporciona un set de normas no vinculantes, una especie de principios *Unidroit* sobre este particular. En el caso hipotético –e improbable– de que ningún interesado manifestara su adhesión, es harto complicado calificar tal normativa de “Ley” en sentido puro al carecer de fuerza de obligar. Ya desde un principio se estaría más bien en presencia de *soft law* concebido única y exclusivamente para parejas de hecho que reclamen su aplicación, de una propuesta realizada por el Estado a la espera de recabar el sometimiento voluntario de sus destinatarios caso por caso.

4. Un sistema bipolar: mera unión de hecho y pareja estable formalizada

La construcción que realiza el TC parece abrir una brecha entre dos modelos de convivencia familiar alternativa al matrimonio: el puramente cohabitacional, que antes de la STC 23 abril 2013, se había bautizado como “pareja de hecho-hecho” o “pareja de hecho irregular”, por su falta de inscripción, y el formal: pareja estable no casada registrada o unión de hecho formalizada. Este segundo quedaría sujeto a las previsiones normativas aprobadas por el legislador –de la forma antes explicada– mientras que el primero sería dejado íntegramente al libre albur de sus componentes, como un reino ácrata gobernado en exclusiva por la autonomía de la voluntad. La pareja estable “normalizada” será disciplinada por la Ley, y la “irregular” por el pacto y, en su defecto, por la interpretación *ad casu* de la jurisprudencia en aplicación de los remedios generales, una vez descartada la analogía tanto *iuris* como *legis* con el matrimonio (STS 12 septiembre 2005 [R] 7148), en unificación de doctrina).

La STC 93/2013 estatuye un paradigma bipolar, que quizá padece de radicalismo al llevar al conviviente a situarse forzosamente ante uno de ambos extremos: un

maximalismo de todo o nada. El “todo” vendría representado por la pareja inscrita o formalizada (*opt-in*), sobre la que podrían continuar los consabidos reproches por un mimetismo excesivo con la unión conyugal (matrimonio *light*). Además no parece ser el modo más adecuado de abordar esta delicada materia e incluso podría tenerse por un auténtico contrasentido. Ya expuso R. BERCOVITZ que “semejante formalización exigida para el reconocimiento o para la mayor eficacia de la pareja de hecho debería suponer un obstáculo para aquellos que rechazan la celebración del matrimonio precisamente para huir de todo formalismo con respecto a sus relaciones de pareja”⁵¹.

En “la nada” hallaríamos un modelo puro de regulación privada, donde el particular escasamente precavido, corre el riesgo de verse inmerso en una nube de nihilismo jurídico, difícil de afrontar tras sobrevenir una ruptura. En dicho sistema no existe un estatuto jurídico de base que el Estado pueda imponer o sugerir, sino que el contenido de la relación es íntegramente convencional y depende por completo de la voluntad de las partes. Por el camino habría quedado, después de las premisas sentadas por el TC en 2013, el modelo factual, una vez desterrada la idea de que no es posible presumir una voluntad de cambio, sino tan solo la intención de perpetuar la situación, es decir, dejar las cosas como estaban.

VI. ANOTACIONES CRÍTICAS SOBRE EL FUTURO

1. El hombre primitivo y la anomia convivencial

En esta suerte de anomia que constituye el sistema de autorregulación, los observadores más críticos han querido ver concomitancias con el “hombre primitivo” de John Locke, incapaz de dañar a sus semejantes⁵². Si eso era también lo que sucedía con el ideal platónico – “donde reina el amor sobran las leyes”- se cumple en menor medida cuando dicho sentimiento desaparece, se reemplaza por el opuesto, sobreviene la crisis y la ruptura deviene inevitable. El Estado de Naturaleza tiene también sus peligros: puede escenificarse como una panacea bucólica e idílica del hombre con los de su especie o como el mundo de ese «*bon sauvage*» poseído por una bondad innata, pero también desembocar un *bellum omnium contra omnes* según la visión antropológica opuesta encarnada por T. Hobbes.

La STC de 23 abril de 2013 parece retrotraernos así a una especie de situación previa a la fundación de la sociedad donde no tiene cabida la aplicación de los preceptos legales. No en vano se suele ofrecer como muestra o expresión de primitivismo jurídico pues en Derecho histórico y comparado representa el modelo más ancestral⁵³. Aun aceptando tal premisa, resulta difícil que el propio sistema resistiere

⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia para legislar...”, cit., p. 83.

⁵² Vid. COCA PAYERAS, M.: “Competencia legislativa...”, cit., p. 48.

⁵³ Cfr. MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho...”, cit., p. 12.

semejante falta de homogeneización⁵⁴: una unión libre *stricto sensu*, esto es, una pareja de hecho "à la carte".

En contra del modelo netamente privado caben otros varios contra-argumentos. Podría resultar discutible que los dos integrantes de una pareja sentimental deban ser tratados como extraños, en vista de la concepción aceptada de qué debe entenderse por familia según los cánones modernos sentados por el TC al interpretar el art. 39 CE (STC 11 diciembre 1992 [RTC 222]; STC 18 enero 1993 [RTC 6], en sentido semejante, *Caso Saucedo Gómez v. España* [JUR 2004\54165]). La vida en común va generando un entramado de relaciones que es aconsejable no desatender; cabría esperar algo más para su protección⁵⁵.

El peso de la construcción de todo un sistema coherente pende sobre los particulares cual "espada de Damocles"; entraña una gran responsabilidad no siempre fácil de asumir ni mucho menos de gestionar cuando se debe llevar a la práctica. La única regla jurídica que impera proviene de la potestad normativa de sus propios integrantes. Nada más... ni nada menos. Tal exigencia presupone un nivel de diligencia sólo al alcance de unos pocos escogidos. La interpretación que ha efectuado el TC en su Sentencia 93/2013 "eleva el pacto a la categoría de indispensable para poder esgrimir derechos por las parejas, o entablar pretensiones ante los tribunales... resultando que los no casados deben asumir complejos comportamientos que no se pide a los matrimoniados⁵⁶.

La experiencia enseña además que los convenios en la materia son escasos al no ser el nuestro por lo general un país de tradición pactista. Pensar que los contratos por sí solos resolverán el problema no dejar de ser algo ilusorio⁵⁷. Sin red supletoria, el golpe tras la caída sin duda es mayor; no es inusual que la ausencia de ley dispositiva haya intentado enmendarse en aquellos países donde rige este sistema merced a una rica tradición de formularios notariales⁵⁸.

2. *Les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins?*

Tampoco la convivencia *more uxorio* se trata –ni mucho menos– de un fenómeno anecdótico en nuestro país⁵⁹ como para desentenderse de él y hacer "la vista gorda" sea está jurídica o no. Parece lógico que una situación social estadísticamente

⁵⁴ BARRIO GALLARDO, A.: "Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico matrimonial", cit., p. 131.

⁵⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Comentario a la STS 29 octubre 1997", cit., p. 192.

⁵⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Relaciones económicas entre cónyuges y parejas y autonomía de la voluntad", en *Derecho y autonomía privada*, Comares, Granada, 2017, p. 62.

⁵⁷ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P.: "Uniones de hecho", *Derecho de familia*, Aranzadi, 2012, p. 1508.

⁵⁸ Vid. MARTÍN-CASALS, M.: "El derecho...", cit., p. 12.

⁵⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ-FOLGUERAS, M. y CASTRO-MARTÍN, T.: "Cohabitation in Spain: no longer a marginal path to family formation", *Journal of Marriage and Family*, núm. 75, 2013, p. 428.

significativa y en trance de extenderse no pueda dejar de ser regulada⁶⁰. Puede serlo en virtud de la Ley, de la jurisprudencia de los tribunales o por los pactos de los interesados “o lo que es más prudente –al decir del propio autor- por un conjunto de todos estos medios jurídicos”⁶¹.

El fenómeno de la convivencia *uxorio* siempre ha albergado en su seno una aporía jurídica, que no entraña fácil solución, consistente en la necesidad o no de respetar la decisión libre de vivir más allá del ordenamiento. Con buen criterio mantuvo hace ya un tiempo DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN que quienes buscan un sistema de vida familiar libre de ataduras jurídicas terminan por recurrir al ordenamiento para sostener una pretensiones que muchas veces son justas. Del mismo modo se afirmaba: “la protección integral del matrimonio no debe menoscabar la tutela suficiente de la unión libre, cuando ésta es seria, estable, vivida con cariño y entrega. Son dos órdenes de vivir el amor sexual y familiar con refrendos jurídicos diversos (...). Si se eligió el camino de la liberación de vínculos y ataduras previstas para la unión conyugal habrá que correr los riesgos de la libertad” pero –añadía a renglón seguido- sin perjuicio de tenga su propia regulación jurídica, su ámbito específico de protección por el Derecho⁶². Frente a la máxima atribuida a Napoleón, que esconde un punto oculto de retorsión, si los concubinos se desentienden del Derecho, no resulta tan evidente que el Derecho deba desentenderse completamente de ellos.

La anomia implica ausencia de normas -en puridad- legales, como Ley en sentido amplio emanadas de la autoridad pública competente, mas ello no significa que los particulares se vean privados de alcanzar acuerdos e integrar el vacío normativo por la vía convencional. Eso es cierto, pero no lo es menos que sin el amparo de una norma de cobertura no resulta empero tan sencillo obtener la totalidad de los resultados pretendidos por los particulares⁶³. Quizá la STC 23 abril 2013 [RTC 93] podría haber dado ocasión a un nuevo escenario donde replantearse los límites a la autonomía privada.

El legislador no puede imponer a los miembros de la pareja “unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio” (STC 23 abril 2013 [RTC 93], FJ 8), tampoco cabe que por analogía los concedan los tribunales y resta valorar en qué medida habrían de asumirse voluntariamente al amparo de la autonomía de la voluntad. Podría pensarse que el límite por la vulneración del art. 10.1 CE pesa solamente sobre el legislador, mas no sobre los propios particulares, cuya libertad sólo debería quedar cercenada por la tutela de los derechos constitucionales. No parece, empero, que las perspectivas de futuro sean muy prometedoras y se contemplan con cierto escepticismo pactos u otras

⁶⁰ FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de Familia*, t. III. *Uniones Libres*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 157.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 157-158.

⁶² ALONSO PÉREZ, M.: “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *Actualidad Civil*, ene. 1998, pp. 27 y ss.

⁶³ Cfr. más ampliamente, BARRIO GALLARDO, A.: “Los límites institucionales...”, cit., pp. 469 y ss.

manifestaciones de la autonomía privada que aproximen demasiado la unión libre al matrimonio.

Es peligroso –afirma GARCÍA MAS– intentar extrapolar contenidos de unas instituciones jurídicas a otras, que aparentemente pueden ser similares, produciendo disfunción y desnaturalizando al final ambas⁶⁴. Si no cabe analogía alguna ante el silencio, ni el recurso al Derecho supletorio ni tampoco pueden los convivientes reproducir estructuras que el ordenamiento reserva de forma monopolística al vínculo matrimonial, ¿cómo van a diseñar ese particular microcosmos prometido en la STC 23 abril 2013 (RTC 93)? ¿Qué les queda a los miembros de la pareja estable no casada? ¿Apostatar de la vida en sociedad? ¿Resignarse a ser condenados al ostracismo jurídico?

3. La convivencia de un marco general dispositivo

Las normas de contenido supletivo constituyen un instrumento eficaz para colmar las carencias de la reglamentación negocial e integrar ese vacío que puede ocasionarse por falta de previsión de las partes. Procuran además al juez un remedio muy útil ante la ausencia de pacto en beneficio de la certidumbre jurídica de los interesados y, por extensión, del conjunto de la sociedad, pues la búsqueda de la solución más adecuada caso por caso sin duda provoca inseguridad⁶⁵. Si el cometido de proporcionar una red de seguridad no lo lleva a cabo el órgano que ostenta la competencia legislativa, ni tampoco se acude a la praxis notarial, reservar la solución del problema al juez, resulta delicado, pues “cuenta con unas herramientas de carácter general más bien pobre”⁶⁶.

Admitido el matrimonio *gay* y liberalizado el divorcio, podría decirse –como se ha expuesto– que los convivientes *more uxorio* han decidido libremente apartarse del matrimonio y su régimen jurídico. “Concluir [sin embargo] que quienes viven en pareja es porque rechazan cualquier regulación de su relación es falaz”⁶⁷. Lo único que cabe razonablemente deducir es que no se quieren los efectos del matrimonio; que ya no se desea ninguna clase de consecuencia jurídica –ni tan siquiera soluciones jurisprudenciales mínimas– tal vez sea ya presumir demasiado. Tal manera de proceder, en vez de un exceso de paternalismo, se asemeja a una retorsión injusta por no haber contraído matrimonio pudiendo hacerlo (*les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins*).

Las partes podrían pretender otros efectos para sí, no idénticos, ni tan siquiera análogos al matrimonio, sino simplemente diferentes. En cualquier caso resultaría dudoso que en ausencia de pacto no se produjera ningún efecto jurídico. La falta de acuerdo dará como resultado, no aplicación de normas especiales propias del

⁶⁴ GARCÍA MAS, F. J.: “Las uniones de hecho: su problemática jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, p. 1511.

⁶⁵ Cfr. PARRA LUCÁN, M.A.: “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, cit., p. 331.

⁶⁶ MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho...”, cit., p. 39.

⁶⁷ MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho...”, cit., p. 26.

Derecho de familia, sino de las categorías inespecíficas del Derecho patrimonial a las relaciones verticales (las horizontales son comunes, pues vienen impuestas por la filiación).

La pareja que se deshace sólo parece encontrar ante sí el vacío legal más completo: la anomia. Quedar extramuros de la institución matrimonial no implica, empero, dejar de sufrir los conflictos propios de la convivencia ni pechar con liquidación de la comunidad de vida tras la extinción de la pareja. La situación generada por la STC 23 abril 2013 nos devuelve al estado de cosas anterior a la aprobación de las Leyes autonómicas, que fue descrita a la perfección por TORRES LANA: el vacío legal que conlleva, casi por definición, la convivencia de hecho no excusa de resolver los problemas que plantea su conclusión y para ello las sentencias acuden sin vacilación al manejo de las categorías patrimoniales, a la aplicación de soluciones generales cuando concurren los requisitos que los configuran⁶⁸, en particular la acción de enriquecimiento injusto⁶⁹.

Se deja entrever tal percepción en la última jurisprudencia del TC con asertos como el siguiente: “el dato de que la relación “*more uxorio*” se basa, precisamente, en la decisión libre y, *en principio*, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también, *en principio*, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específico entre ellos” (STC 184/1990, FJ 3, STC 155/1998, 13 julio, FJ 3; STC 23 abril 2013, FJ 8). La puntualización –“en principio” (énfasis añadido)- no es baladí, pues existen dudas razonables de hasta qué punto dos particulares, por muy bien avenida que resulte la convivencia, pueden volver completamente la espalda al Derecho. Ciertamente una cosa es la anomia, donde tiene vedado el acceso la norma jurídica, abstracta y general, y otra bien distinta la “selva”, donde ni los más elementales fundamentos de justicia son respetados. En la convivencia *more uxorio* no se tolera todo y “la pieza de cierre del sistema es la acción de enriquecimiento sin causa”⁷⁰, en particular, en su vertiente de *condictio* por inversión o por expensas (STS 6 mayo 2011 [RJ 3843], anteriormente, STS 11 diciembre 1992 [RJ 9733]).

En ese mismo sentido se ha afirmado: puede ser de justicia reestablecer el eventual desequilibrio tras la ruptura; para ello no es necesaria una regulación especial, sino que bastan las acciones propias del enriquecimiento sin causa⁷¹. Una solución que ha venido a ser confirmada recientemente por el Tribunal Supremo: “La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala de que no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto” (STS 15 enero 2018 [RJ 76], FJ 5).

⁶⁸ TORRES LANA, J. A.: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales...”, cit., p. 6.

⁶⁹ Cfr., loc. cit., p. 10.

⁷⁰ TORRES LANA, J.A.: “De nuevo sobre las relaciones...”, cit., p. 10.

⁷¹ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “La legislación sobre parejas...”, cit., p. 200.

Esta respuesta –la única para la que existe margen tras la STC 23 abril 2013 (RTC 93)- bien podría suponer un retorno a la solución casuística, previa a la regulación autonómica, que se había sido calificada como un “maremágnum jurisprudencial”. Aun cuando se desprenda un cierto halo romántico –y hasta libertario- con el que podamos simpatizar, la STC 23 abril 2013 (RTC 93) efectúa una interpretación cuestionable de qué debe entenderse por «norma imperativa» y con tal orientación pone otra piedra en el camino a la solución más razonable al problema de las parejas de hecho: sancionar una ley de contenido supletorio que los convivientes pudieran después modificar a su gusto.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M.: “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *Actualidad Civil*, ene. 1998.

ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, ene-dic. 1998.

BARRIO GALLARDO, A.:

- “Los límites institucionales a la organización económica de las parejas de hecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2017.

- “Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico matrimonial”, *Derecho y autonomía privada*, Comares, Granada, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- “De las dificultades del emparejamiento sin matrimonio”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2013, núm. 1.

- “Las competencias para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

- “Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014

COCA PAYERAS, M.: “Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1, 2014.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Relaciones económicas entre cónyuges y parejas y autonomía de la voluntad”, *Derecho y autonomía privada*, Comares, Granada, 2017.

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- “Efectos económicos derivados de la ruptura de las parejas de hecho”, *Daños en el Derecho de Familia*, Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

- “¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 5, agosto 2016.

- “Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto”, 2018 (en prensa, texto facilitado por el autor).

DOMÍNGUEZ-FOLGUERAS, M. y CASTRO-MARTÍN, T.: “Cohabitation in Spain: no longer a marginal path to family formation”, *Journal of Marriage and Family*, núm. 75, 2013.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2013.

ESTRADA ALONSO, E.:

- *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1986.

- *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991.

FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de Familia*, t. III. *Uniones Libres*, Bosch, Barcelona, 1985.

GARCÍA CANTERO, G.: «Unde venis et quo vadis, hispanica familia?» en *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia*, AA.VV., CEU Ediciones, Madrid 2009.

GARCÍA MAS, F. J.: “Las uniones de hecho: su problemática jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- “Las uniones de hecho”, *Derecho de Familia*, Civitas, Madrid, 2012

- “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006.

- “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3, jul-sep. 2017.

- “Uniones de hecho”, *Derecho de familia*, Aranzadi, 2012.

GOÑI URRIZA, N.: “La ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”, *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001.

IRIARTE ÁNGEL, J. L.:

- “Conflictos de Leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, *Boletín JADO. Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, año VII, núm. 18, dic. 2009.

- “Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)”, *Boletín JADO. Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, año XII, núm. 24, jun. 2013.

JORDANO BAREA, J. B.: “Matrimonio y unión libre”, *Actualidad Civil*, núm. 6, feb. 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Convivencia “more uxorio”: estipulaciones y presunciones”, *Centenario del Código civil*, t. I, Ramón Areces, Madrid, 1990.

LECIÑENA IBARRA, A.: “Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 2011.

LLEBARÍA SAMPER, S.: *Hacia la familia no matrimonial (Presente y futuro en el Derecho civil catalán)*, Cedecs, Barcelona, 1997.

MARTÍN-CASALS, M.: “El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental?: Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:

- “Acuerdos entre convivientes more uxorio”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 2001.

- “Las uniones extramatrimoniales”, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2016.

- “Notas críticas sobre la Ley relativa de parejas estables casadas”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 2, 1999.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, *Uniones de Hecho*, Universidad de Lérida, 1998.

PARRA LUCÁN, M. A.:

- “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (coord. L. Prats Albentosa), vol. 1. (*Derecho de la persona, familia y sucesiones*), Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

- “Matrimonio y "matrimonio entre personas del mismo sexo": la constitucionalidad de la Ley 13/2005”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013.

PULIDO QUECEDO, M.: “Las uniones de hecho ante el TC”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 865, 2013.

RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS 29 octubre 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998.

ROCA I TRÍAS, E.: “Repensar la pareja de hecho”, *Estudios comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, CGPJ, Madrid, 2005.

RUBIO TORRANO, E.: “Parejas estables y matrimonio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2000.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: “La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril, y 93/2013, de 23 de abril”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, vol. 20, 2014.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 2, 2008.

TORRES LANA, J. A.:

- “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993.

- “Relaciones patrimoniales a la conclusión de la convivencia more uxorio”, *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, V, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario a la STS 22 julio 1993”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993



LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: ¿EL EX CÓNYUGE COMO “MANTENIDO”?

THE EXTINCTION OF THE ALIMONY: THE EX SPOUSE AS “MAINTAINED”?

PATRICIA ESCRIBANO TORTAJADA
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universitat Jaume I
pescriba@uji.es

RESUMEN: La pensión compensatoria o compensación por desequilibrio, regulada en los arts. 97 y siguientes del Código Civil, puede considerarse como una de las medidas más problemáticas o conflictivas en los procesos de crisis matrimoniales. El reconocimiento de ésta a favor del perceptor ha dado lugar en diversas ocasiones a situaciones abusivas para la parte deudora, lo que hizo que tuviera que modificarse en el año 2005, para evitarlas y adaptarse a los nuevos paradigmas familiares. Ahora bien, en el año 2012, el Tribunal Supremo se tuvo que pronunciar sobre el concepto de “convivencia marital” contemplado en el art. 101 Cc, debido a los pronunciamientos dispares existentes de la jurisprudencia menor y los conflictos que se generaban cuando el perceptor de la pensión iniciaba una nueva relación sentimental. Sin embargo, tal y como está contemplada la regulación de la pensión, nos podemos encontrar antes situaciones que den a entender que se extingue la pensión, porque el acreedor ha encontrado una nueva pareja “que lo/la mantega”.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria, convivencia marital, extinción.

ABSTRACT: The alimony, regulated in Civil Code, can be considered as one of the most problematic or conflictive measures in the matrimonial crisis processes. Its recognition in favour of the creditor has led to abusive situations for the debtor. For this reason, it had to be modified in 2005 in order to avoid them. However, in 2012, the Supreme Court had to pronounce on the concept of "marital coexistence", due to the different pronouncements of minor jurisprudence and the conflicts that were generated when the creditor of the alimony began a new relationship. Nevertheless, due to its current formulation we can find situations that imply that the pension is extinguished, because the creditor has found a new partner "to maintain him/her".

KEY WORDS: alimony, marital cohabitation, extinction.

FECHA DE ENTREGA: 20/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “CONVIVENCIA MARITAL”.- III. POSICIONAMIENTOS JURISPRUDENCIALES TRAS LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TS.- IV. ¿EL/LA CÓNYUGE COMO MANTENIDO/A?

1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El Derecho de Familia ha de ir adaptándose a los nuevos requerimientos sociales, dado que hoy en día no podemos hablar de un único modelo familiar. Lejos queda la época en que el matrimonio entre personas de distinto sexo con hijos/as era el único modelo de familia presente en nuestra sociedad. Las reformas operadas en la década de los ochenta por las leyes 1/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, estaban pensadas para un modelo familiar en concreto y un momento social específico, que difiere considerablemente del actual.

Una de las instituciones introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 30/1981 fue la pensión compensatoria, modificada posteriormente por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. A día de hoy, siguen existiendo numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y estudios doctrinales sobre la pensión compensatoria o la compensación por desequilibrio, motivo por el cual sigue siendo una institución que continúa generando cierto interés, además de ser, obviamente, fue de innumerables conflictos en las crisis matrimoniales.

La pensión compensatoria se encuentra regulada, como sabemos, en los artículos 97 a 101 del Código Civil (en adelante CC)¹. Sin embargo, la cuestión que a nosotros nos interesa es este último precepto en relación con la finalidad o función de la misma. El art. 97 CC no define expresamente la pensión compensatoria, aunque se puede inferir de su redacción “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá

¹ El CCCatalán la regula en los artículos 233-14 a 233-19. En este último precepto se establecen las causas de extinción de la pensión compensatoria y menciona en el apartado, 1b) la convivencia marital con otra persona. Tampoco define lo que ha de considerarse como tal. Por su parte, el art. 83 de Código Foral Aragonés regula la asignación compensatoria, y determina en su apartado quinto cuáles son las causas de extinción: “supuestos de nueva convivencia marital del perceptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del perceptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad”.

derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”².

Se ha discutido en la doctrina cuál es su naturaleza jurídica. A este respecto existen varias posiciones doctrinales³. MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala que la compensación no tiene carácter alimentario, dado que los presupuestos de la compensación con la obligación de alimentos son diferentes. Tampoco es una indemnización que se basa en la culpabilidad de uno de los cónyuges, sin embargo, mantiene que puede ser calificada de indemnizatoria si, en palabras textuales del autor, “se conecta con el perjuicio (entendido aquí como empeoramiento) sufrido por uno de los cónyuges, que es el que se trata de compensar (en todo caso, con carácter estrictamente objetivo, a partir de la existencia del desequilibrio). La configuración de la figura en el Código civil es meramente compensatoria, ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges”⁴.

² Existen diversas sentencias que se pronuncian sobre qué ha de considerarse como desequilibrio económico. A este respecto, podemos citar la STS 23 enero 2012 (RJ 2012\1900) que señala textualmente que “por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación ente las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial” (FJ 3º). Respecto al concepto de desequilibrio véase CABEZUELA ARENAS, A. L.: *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 43 y ss.

³ Pueden verse sintetizadas en BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016, pp. 11 y ss.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Artículo 97”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado, Volumen I*, 2ª edición, Coordinador Pedro de Pablo Contreras, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 543-544. La STS 20 febrero 2014 (RJ 2014\1385) en su FJ 2º dispone (y citamos textualmente dada su claridad) que: “el artículo 97 CC (...) regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia -en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles (SSTS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9174) y 17 de julio de 2009 [RC n.º 1369/2004])-, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria -entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación (STS de 17 de julio de 2009) y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción-, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de

En lo atinente a las causas de la extinción de la pensión compensatoria, éstas se mencionan en el art. 101 CC. Sin embargo, no es un elenco de supuestos cerrado. Las causas tipificadas son tres: 1) Por el cese de la causa que la motivó. 2) Por contraer el acreedor nuevo matrimonio. 3) Por vivir maritalmente con otra persona. Por otro lado, el segundo párrafo del precepto matiza que la muerte del deudor no es causa de la extinción de pensión compensatoria. La jurisprudencia ha ido perfilando que supuestos han de considerarse como causa de extinción de la misma, dando lugar a una prolija jurisprudencia⁵. No obstante, la causa que más problemas plantea es la relativa a la convivencia marital con un tercero dado que, en principio las dos primeras causas están claras. ¿Qué tipo de relación ha de tener el acreedor con un tercero para que se proceda a extinguir la pensión compensatoria? ¿Cabe cualquier tipo de relación? Ya adelantamos que la convivencia marital ha de tener unos elementos definidores precisos y no valdrá cualquier tipo de relación amorosa o sentimental. No es lo mismo una relación temporal de unos meses con encuentros esporádicos y que no es pública a una con cierta estabilidad y conocida por terceros.

Por lo que respecta a qué ha de considerarse como convivencia marital, cuyo concepto jurisprudencial será expuesto en posteriores líneas, NAVARRO MIRANDA mantiene que la causa de extinción no es una sanción a quien la recibe y que inicia una nueva relación que, según señala, es expresión del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 de nuestra Carta Magna, y que comprende rehacer la vida con otra persona, según palabras textuales del autor “sin que por esto tenga necesariamente que desaparecer el desequilibrio económico sufrido por la ruptura matrimonial anterior, si esa nueva relación amorosa o afectiva no supone la creación de una apariencia matrimonial, máxime si no existiera convivencia”⁶.

Obviamente, la pensión compensatoria ha de servir al fin para el cual está configurada y que mencionamos anteriormente. Sin embargo, el problema se presenta cuando el receptor de la misma quiere hacer un uso inadecuado o inadecuado del derecho que le concede el ordenamiento jurídico, perjudicando así los intereses del deudor⁷, que es lo que puede ocurrir si, por ejemplo, el acreedor

sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos”.

⁵ Pueden verse una síntesis de la jurisprudencia entre otros trabajos doctrinales en BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción de la pensión compensatoria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2014, pp. 2480-2509. MANZANO FERNÁNDEZ, M. DEL M.: “Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014, pp. 403 y ss.

⁶ NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Artículo 101”, en AA.VV., *Código Civil Comentado*, Volumen I, 2ª edición, Coordinador Pedro de Pablo Contreras, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 565.

⁷ A este respecto nos parecen muy acertadas las palabras de SALAS CARCELLER, A.: “La extinción de la pensión compensatoria por iniciar vida marital con otra persona el cónyuge beneficiario”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 80 y 81 el cual es muy contundente al señalar que “no es necesario insistir en lo que constituye una evidencia: salvo honrosas pero escasas excepciones, el cónyuge beneficiario de la pensión ocultará celosamente su «intimidad» para evitar que el conocimiento de una relación de tal clase pueda truncar el percibo de la pensión, cuya cuantía puede ser compartida en no pocas ocasiones con la persona con la que se mantiene una nueva relación sentimental en ejercicio del derecho-que nadie niega-a rehacer la propia vida de pareja. Ello porque, también salvo escasas y civilizadas excepciones, la ruptura matrimonial lleva a

tiene una relación con un tercero. En este sentido MAGRO SERVET al analizar la STS 9 febrero 2012 se cuestionaba si cualquier relación es válida para que se extinga la pensión, aunque no exista convivencia física, pero exista una relación convivencial de carácter serio y estable, en palabras textuales del autor, “que motive que la persona que ha reiniciado su vida con la que estaba recibiendo la pensión pueda ayudarle a sustituir la necesidad que era la causa del establecimiento de la pensión compensatoria, y coadyuvar a cubrir las necesidades que tenía la receptora de la pensión como consecuencia del desequilibrio económico que le causó la ruptura de su relación”. Además, mantiene que de lo que se trata es de evitar que la pensión sea un derecho permanente, sino que se configure bajo los parámetros de “necesidad” y “desequilibrio”, mientras que si existe una relación de carácter estable entre dos personas, esos parámetros “tienden a decaer por su propia naturaleza”⁸.

II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “CONVIVENCIA MARITAL”

El Tribunal Supremo, dentro de los diversos pronunciamientos dirigidos hacia la modernización y adecuación del Derecho de Familia a los nuevos requerimientos sociales, se pronunció en dos sentencias sobre el alcance de la expresión “convivir maritalmente con otra persona”. Las resoluciones judiciales en cuestión fueron la STS 9 febrero 2012 y la posterior sentencia de 28 de marzo del mismo año⁹.

Los hechos que dan lugar a la primera sentencia son los siguientes: el ex marido interpone demanda de modificación de medidas, ante el juzgado de primera instancia correspondiente solicitando entre otros extremos, la extinción de la pensión compensatoria que estaba recibiendo la acreedora, dado que ella estaba conviviendo maritalmente con otra persona. El JPI estima parcialmente la demanda y extingue la pensión. Ambos formulan sendos recursos ante la Audiencia Provincial, sin embargo, por lo que a nosotros respecta, la AP estimó el recurso de la ex mujer y, por tanto, anuló lo establecido por el JPI en lo atinente a la extinción de la pensión compensatoria. Obviamente, el deudor de la pensión compensatoria recurre ante el Tribunal Supremo.

La ex mujer mantenía una relación con un tercero, con una duración de un año y medio. No era oculta puesto que, tanto amigos como familiares, tenían conocimiento de la misma. Un dato que es relevante es que no convivían juntos, aunque existían reiteradas visitas y permanencias en los domicilios respectivos y se habían constatado varios encuentros tanto en el vehículo del tercero, como en determinados establecimientos hosteleros. Por tanto, de los hechos descritos ¿se

los anteriores cónyuges a procurar a toda costa conseguir el mayor perjuicio posible para el otro en todos los órdenes”.

⁸ MAGRO SERVET, V.: “La extinción de la pensión compensatoria por la razón de «vivir maritalmente con otra persona», la receptora de la misma. Análisis de la STS de 9 de febrero de 2012”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2012, p. 1059.

⁹ STS 9 febrero 2012 (RJ 2012\2040) y STS 28 marzo 2012 (RJ 2012\5591).

puede inferir la existencia de una relación análoga a la conyugal o en términos del CC una convivencia marital? Pues bien, el TS en un primer momento explica las diferentes posturas que existían al respecto hasta el momento, en la doctrina y la jurisprudencia, en referencia a esta cuestión: por un lado, hay voces que consideran que la expresión “vivir maritalmente” es sinónimo de “convivencia marital”. Por otro lado, se interpreta que cualquier tipo de convivencia estable o de pareja ha de comportar la extinción de la pensión, sin incluir bajo dicha modalidad a las convivencias de carácter ocasional o esporádico¹⁰.

A continuación, argumenta que se ha de recurrir a dos cánones interpretativos, en concreto, la finalidad de la norma y la realidad del tiempo en el que ha de aplicarse. Según el primero de ellos, la finalidad con la que se introdujo esta causa de extinción fue evitar la ocultación de relaciones de convivencia estable, con mayor o menor prolongación, que no estaban formalizadas como un matrimonio, para evitar, de este modo, la pérdida de la pensión. Por lo que respecta al segundo de los elementos interpretativos, es decir, la realidad social del tiempo, especifica que la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” se puede hacer desde dos puntos de vista: uno subjetivo y otro objetivo. El primero comporta que los miembros de la pareja citando textualmente las palabras del Tribunal “asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma”. El elemento objetivo implica la convivencia estable, cuando la pareja vive como cónyuges. Entiende que los dos sistemas son complementarios y no se excluyen y señala que “el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio” (FJ4º).

Por tanto, para el Alto Tribunal, la convivencia de la acreedora de la pensión con un tercero durante un año y medio podía conceptualizarse como vida marital, puesto que era pública y conocida por amigos y familiares y no se había ocultado. Si bien no existía convivencia en el mismo domicilio, ambos visitaban y permanecían en las residencias respectivas. Además, las relaciones tenían la característica de permanencia ya que duraron año y medio, fueron exclusivas mientras duraron y estables. Por último, señala que la extinción de la pensión compensatoria no es una sanción, sino que es el cese de la obligación de mantener una prestación a favor de una persona que no tiene ningún tipo de deber de socorro respecto al ex cónyuge y “que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio”.

Poco después de esta sentencia, el TS vuelve a pronunciarse al respecto sobre este tema en la STS de 28 de marzo. En este caso, el marido solicita la extinción de la

¹⁰ Sobre las diversas interpretaciones de esta expresión puede verse GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., GARCÍA AMADO, J. A.: “La «vida marital» como causa de extinción de la pensión compensatoria. Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código Civil”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm.6, 2013, pp.7 y ss.

pensión compensatoria al determinar que su ex pareja tenía una relación con un tercero. El Juzgado de Primera Instancia deniega tal petición; no así la Audiencia Provincial que considera que hay motivos suficientes para extinguir la pensión¹¹. El TS, después de traer a colación la sentencia de 9 de febrero, considera que sí existe convivencia marital, dado que la relación de la perceptora de la pensión duraba ya dos años. Aunque no residían en el mismo domicilio, pasaban juntos varios fines de semana y era una relación pública, tal y como manifestó la hija.

No podemos obviar la importancia que han supuesto estas sentencias respecto a la pensión compensatoria. Por ese motivo, la doctrina se ha pronunciado sobre la valoración que merecen las resoluciones en cuestión. GUTIÉRREZ SANTIAGO y GARCÍA AMADO estiman acertado el fallo de la sentencia, pero estiman que sigue asomando en la misma “los resquicios ideológicos de antaño”. Además, no consideran muy acertado asociar la extinción de la misma por vida marital, con el cese de un deber de socorro de la ex pareja, porque en palabras textuales de los autores esto “nos lleva a pensar que lo que cuenta es que la mujer ya tiene otro que la mantenga ahora y que se deben evitar las duplicidades al respecto, que no tiene por qué ser mantenida doblemente. Y lo malo del caso es que, queramos admitirlo o no, eso es seguramente lo que en mente tenía el legislador de 1981”¹².

De este modo, y después de los pronunciamientos judiciales, para NAVARRO MIRANDA la convivencia que ha de demostrar el actor va más allá de “episodios, más o menos estables, de afectividad y trato íntimo, en cuanto precisa de unas características de permanencia, en comunidad de vivencias y e intereses, tanto personales, sociales y económicos, reveladores de una unión de características similares, a salvo de la sanción legal, a la matrimonial”¹³. Por su parte, ROMERO COLOMA mantiene que para ella “sí es exigible, desde luego, una cohabitación de carácter más o menos estable y permanente, lo cual, en la práctica, viene a generar una posesión de estado familiar de facto, equivalente a la convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por nuestro Código Civil no puede configurarse más que según el modelo matrimonial que actúa, evidentemente, como paradigma, y de este modo estimo que es cómo hay que entender la expresión de «convivencia». Asimismo, la habitualidad presupone, a su vez, una cierta estabilidad, aunque no sea definitiva, ya que hay que tener en cuenta que las relaciones, por diversos motivos, pueden romperse y, de hecho, en la vida diaria se rompen con relativa o bastante frecuencia”¹⁴.

¹¹ SAP Santa Cruz de Tenerife 8 marzo 2010 (JUR 2011\13028).

¹² GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., GARCÍA AMADO, J.A.: “La «vida marital»”, cit., pp. 21 y 30.

¹³ NAVARRO MIRANDA, J. R.: “Artículo 101”, cit., p. 566.

¹⁴ ROMERO COLOMA, A. M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75/2017, versión electrónica, BIB 2017\1980, p. 4/14.

III. POSICIONAMIENTOS JURISPRUDENCIALES TRAS LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TS

La jurisprudencia menor posterior a las sentencias del 2012 ha seguido, como no podía ser de otro modo, la línea marcada por éstas. Sin embargo, previamente, alguna Audiencia Provincial ya se había pronunciado en el mismo sentido. Muestra de esta postura es la SAP Castellón 6 abril 2009¹⁵. La sentencia extingue la pensión por la existencia de “indicios” y no pruebas fehacientes, cuestión que analizaremos posteriormente. Los mismos se concretaban en: una relación duradera de trece años, era pública y conocida, habían realizado varios viajes juntos compartiendo gastos y habitación, ella pernoctaba en diversas ocasiones en casa de él, además, estaba como autorizada en sus cuentas bancarias. Incluso habían comprado una casa en pro indiviso. La AP de Castellón se centra en el dato de la convivencia conjunta de una pareja y considera que puede considerarse como un medio probatorio, pero no “como el dato en sí mismo que el precepto exija probar en todo caso”.

La SAP Pontevedra 31 enero 2013 puso de manifiesto posteriormente que el término “convivencia marital” que exige el art. 101 Cc no puede equipararse al noviazgo, aunque entre éste y el matrimonio “no se agota la rica variedad que la realidad puede ofrecer con situaciones intermedias pero muy cercanas a una u otra, que los Tribunales deben desentrañar cuando es muy posible que la persona acreedora de la pensión haya acomodado la «nueva relación» a una situación conveniente que nunca le prive de su derecho a la pensión a fin de sortear el efecto extintivo ex art. 101. Puede haber situaciones afectivas que estén diseñadas desde el fin de evitar el perjudicial efecto económico que la norma impone...Por eso, por imperativo del art. 7 CC, los Tribunales deben rechazar el abuso del derecho, y por ello, más que despachar la cuestión con consideraciones muy al uso y superficiales para llevar cómodamente muchas situaciones a noviazgos, debe analizarse con sumo cuidado los indicios facilitados por quien, de entrada, se encuentra ante una evidente dificultad probatoria para proporcionar datos de pertenencia a la intimidad de la pareja y también al ámbito intencional de la misma, desconocido para terceros y por lo común siempre negado o disimulado ante el deudor de la pensión” (FJ 2º).

Reitera la idea de la no necesidad de convivencia bajo el mismo domicilio la SAP Navarra 12 abril 2013¹⁶. Señala que la convivencia marital o la relación afectiva análoga a la conyugal hace tiempo que ha dejado de entenderse en los términos de carácter restrictivo que se hacía anteriormente. Después de traer a colación varias sentencias (de carácter penal) expone que “En estas sentencias incluían, dentro de las relaciones que determinan el círculo de sujetos pasivos, aquellas relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual; destacando que es, precisamente, en esta nota en la que radica la relación de analogía con el matrimonio; señalando, asimismo, que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja semejante al matrimonial, sin necesidad

¹⁵ SAP Castellón 6 abril 2009 (AC 2009\1679).

¹⁶ SAP Navarra 12 abril 2012 (JUR 2013\176803).

de que la relación se oriente forzosamente a un proyecto futuro de vida en común, pues en los tiempos actuales no son infrecuentes tal clase de relaciones continuadas en el tiempo sin mayor compromiso que el ínsito en el mantenimiento de la propia relación” (FJ 1º).

Interesante es la SAP Valencia 8 enero 2014 ya que pone de manifiesto como hoy en día, existen diversos modelos y tipos de convivencia, pero la establecida en el art. 101 CC, en palabras textuales del tribunal “debe entenderse como toda aquella en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como marital no es el hecho de residir siempre juntos los miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquéllos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad”¹⁷.

La SAP Murcia 9 enero 2014¹⁸ también declara extinguida la pensión compensatoria por considerar acreditada la existencia de una convivencia *more uxorio*. En este supuesto se realizó un seguimiento a través de un detective privado a la ex mujer. En concreto, según consta en la sentencia, dos días en julio y cinco días en septiembre. Del mismo se desprende que la pareja de la demandada le visita en su casa, le ayuda en determinadas ocasiones a realizar compras, tiene las llaves de su casa y le lleva al trabajo. Además, pernoctan juntos y realizan actos que, según se apunta en la resolución, son propios de una convivencia marital. Estas conductas son corroboradas por una testigo que confirmó que la demandada le había presentado al tercero como su pareja.

Igual pronunciamiento se mantiene en la SAP Murcia 18 junio 2015¹⁹ tras el seguimiento que realizó un detective privado durante tres días en el mes de julio y tres en el de septiembre. En las fotografías se muestran comportamientos propios de una pareja en situación de convivencia “además, de que dicha relación puede calificarse de prolongada y permanente, como se infiere del periodo transcurrido entre el seguimiento efectuado en julio y el que tuvo lugar en septiembre, ambos del año 2014”, según considera la Audiencia. Una de las cuestiones decisivas para calificar la relación como tal fue el propio reconocimiento de la pareja de la perceptora de la pensión, quien manifestó a la detective que convivía con ella. El tribunal puntualiza que, para que exista una relación marital, no es necesario que

¹⁷ En el presente supuesto quedó acreditado la existencia de una relación de este tipo, dado que la ex esposa reconoció tener novio, aunque cada uno vivía en su casa. Sin embargo, si bien no se había acreditado la residencia bajo el mismo techo, su pareja había residido allí varias veces. La relación era permanente y pública, muestra de ello eran varias fotografías de la pareja con la hija de la mujer.

¹⁸ SAP de Murcia 9 enero 2014 (JUR 2014\40625).

¹⁹ SAP Murcia 18 junio 2015 (JUR 2015\177742)

conste el nombre de la pareja en el buzón del domicilio, bienes o cuentas en común o la asistencia a actos sociales.

Otros casos son más claros. En la SAP Valencia 4 mayo 2015²⁰, a pesar de negar la ex esposa la relación amorosa con un tercero, alegando que eran amigos, quedó acreditado que la relación era conocida por los familiares (las hijas). Si bien no se había podido probar una convivencia continuada, sí se determinó que un tercero acudía a su residencia de forma habitual, reconociendo incluso la propia demandada, que él había residido con ella cuando éste fue operado. La permanencia o estabilidad era un rasgo a destacar también, puesto que en el momento en que se dicta la sentencia la relación duraba ya siete años²¹.

La SAP Cádiz 13 marzo 2015²² es remarcable, desde nuestro punto de vista no por la prueba en sí, sino porque da a entender que la convivencia marital puede adoptar diversas formas. En este supuesto, como en la práctica mayoría de los mencionados y, como posteriormente veremos, se extingue la pensión por la aportación de un informe de un detective privado. La misma había realizado un seguimiento en días aleatorios, tanto entre semana como en fines de semana. La ex mujer había sido visto en casa de su pareja vistiendo una bata, realizando labores domésticas y refiriéndose el dueño de la casa a ella como su pareja. El hijo mantiene que no son pareja, sino compañeros y que sólo va con él los fines de semana. La Audiencia entiende que se puede inferir la existencia de una relación, cualquiera que sea dado “que no es esporádica sino continua, independientemente de la forma de organización de la misma”.

Como trataremos posteriormente, el tema de la prueba es una cuestión complicada, dado que nos circunscribimos en el ámbito íntimo de las personas. No obstante, el uso de las redes sociales puede entenderse, en la actualidad, como un medio para poder acreditar la extinción de la pensión compensatoria, como ocurrió en la SAP Asturias 10 junio 2015²³. En este supuesto se acreditó que la acreedora abrió una cuenta corriente en una entidad bancaria con un tercero, momento a partir del cual la pensión se ingresaba en ésta. Para el tribunal la relación se califica de “relación sentimental estable, duradera y pública que goza de los caracteres de convivencia marital” (FJ 2º). Estas características se pueden desprender según considera la sentencia, porque la hermana de la acreedora, en una red social los presenta como pareja, refiriéndose al tercero con los calificativos de “marido y cuñado”, expresiones que según mantiene el tribunal “no pueden tildarse de coloquiales”. Por tanto, dicha relación no es de mera amistad.

²⁰ SAP Valencia 4 de mayo 2015 (JUR 2015\168159).

²¹ Extinguen también la pensión la SAP Valencia 13 noviembre 2013 (JUR 2014\10430). SAP Barcelona 7 julio 2015 (JUR 2015\232322). SAP Murcia 20 septiembre 2016 (JUR 2016\241859) por convivencia marital de al menos un año. SAP Madrid 31 julio 2017 (JUR 2017\242047).

²² SAP Cádiz 13 marzo 2015 (JUR 2015\127524).

²³ SAP Asturias 10 junio 2015 (JUR 2015\175381).

Otra de las cuestiones que cabría plantearse es qué ocurre si cuando se dicta la sentencia la acreedora de la pensión ha finalizado la relación que mantenía con el tercero. La jurisprudencia suele extinguirla (como a continuación veremos) aunque haya finalizado la relación sentimental. A este respecto GUTIÉRREZ SANTIAGO manifiesta que “al igual que quien contrae nuevas nupcias incurre en causa de pérdida de su pensión compensatoria-y aunque luego se separe o divorcie nuevamente, o aunque enviude, ello no anula ni hace desvanecerse aquel matrimonio como hecho extintivo de la pensión y, por tanto, no podrá ya recuperarse el derecho a la misma-, otro tanto sucede a quien pasa a establecer una unión de hecho análoga a la conyugal (...)”²⁴.

A este respecto podemos citar la SAP A Coruña 13 febrero 2015²⁵, cuyo FJ 4º establece que “la causa de la extinción de la pensión es el hecho de «vivir maritalmente». Si se vive maritalmente se incurre en la causa de extinción, y desde ese momento nace la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de su extinción. Aunque en el momento de celebrarse el juicio ya no se conviva. Acontece lo mismo con otros supuestos. Si se contrae nuevo matrimonio se incurre en causa de extinción, aunque cuando se presente la demanda se haya disuelto el matrimonio por divorcio o fallecimiento del otro cónyuge. Desde el momento en que se reconoce, tanto en el acto del juicio, como en el propio recurso, que existió una relación de pareja, una relación sentimental, se está aceptando que se incurrió en la causa de extinción de la pensión compensatoria. Es indiferente que en el momento de celebrarse el juicio ya no mantengan esa relación”. En este supuesto la acreedora alegó que en el pasado sí había tenido una relación sentimental con un tercero, pero no en el momento de dictar sentencia, por lo que el haber mantenido una relación sentimental no podía implicar que se extinguiera la pensión, dado que atentaría contra la libertad de cada persona. El tribunal sostiene (que, aunque haya dudas sobre si continúa existiendo la relación) en el juicio se probó que hubo una relación sentimental, por lo que concurría causa de extinción de la pensión, con independencia de que ya no exista la misma. Por tanto, el haber tenido una relación sentimental equiparable a la “vida marital” es causa de finalización de la recepción de la pensión. Además, precisa que en ningún momento se atenta contra la libertad de la persona, pues en este caso en particular, ella es libre de mantener las relaciones personales que considere oportunas, incluso casarse. Ahora bien, señala expresamente que “como todo adulto, deberá atenerse a las consecuencias inherentes a sus decisiones”.

Una vez que se ha probado la existencia de una relación marital con un tercero, no se producirá en ningún caso la suspensión de la misma, sino que ha de procederse a extinguirse tal y como dispone el art. 101 y así indicaba la SAP Cádiz 9 mayo 2013. Por tanto, una vez que se extingue la pensión, si se termina la relación sentimental que mantenía la parte acreedora, no podrá volver, tal y como dice la sentencia, a

²⁴ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La «vida marital» del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 162.

²⁵ SAP A Coruña 13 febrero 2015 (JUR 2015\81346).

reanudarse la percepción de la misma. (FJ 1º)²⁶.

IV. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA

Como hemos podido comprobar, el tema de la prueba de la existencia de una convivencia marital es complicado, debido a que nos estamos moviendo en el ámbito íntimo o privado de la persona²⁷, a no ser que exista una inscripción en el Registro de Parejas de Hecho o pruebas fehacientes como la existencia de hijos comunes.

BARCELÓ DOMENECH pone de manifiesto la dificultad de probar la situación de hecho que recoge la norma, ya que evidenciar la relación o la convivencia puede suponer, en palabras textuales del autor, “adentrarse en espacios reservados a la intimidad de las personas y que no siempre se manifiestan al exterior”²⁸. La SAP de Santa Cruz de Tenerife 8 marzo 2010²⁹ establece y citamos textualmente dado que nos parecen muy acertadas sus palabras que: “Es claro que la distinción entre una relación sentimental esporádica y otra marital, semejante a la propia de un matrimonio, aun cuando éste no se haya formalizado, (...) es difícil o compleja, pues se adentra en el orden de los sentimientos, y sólo puede inferirse de los actos externos manifestados, y aún más cuando la decisión reviste una cierta importancia (...) Deberá también tenerse presente, como reiteradamente se tiene en orden a valorar dichas características, no deberá perderse de vista la dificultad de prueba con que de ordinario se encuentra quien trata de acreditar tal circunstancia, pues no se escapa a la lógica el interés que subyace en ocultar la misma por parte de quien corre

²⁶ JUR 2013\286464. Véase también SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios de limitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 225. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La «vida marital*, cit., pp. 69 y ss.

²⁷ Así lo ponía de manifiesto la SAP de Murcia 8 mayo 2006 (JUR 2006\158658) al hacer referencia a las uniones de hecho, manifestado que “la convivencia more uxorio, como situación de hecho, es de difícil acreditación, pues no suele dejarse constancia documental de ese suceso, que puede carecer de estabilidad, siendo posible que quede sin efecto en cualquier momento por la simple decisión de una de las partes”. Por su parte, la SAP 3 mayo 2007 (AC 2007\746) dispone en su FJ 2º que “frente al rigorismo exigido antaño y atendida a la realidad social del momento –art. 3 del CC (LEG 1889, 27)–, estima preciso constatar y puntualizar que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, la «convivencia marital» a que hace referencia el mentado precepto del Codi de Família, debe entenderse como toda aquélla en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como «marital», no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquellos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad”.

²⁸ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 33. SAURA ALBERDI, B.: *La pensión*, cit., pp. 220-221.

²⁹ SAP de Santa Cruz de Tenerife 8 marzo 2010 (JUR 2011\13028).

el riesgo o bien de perder un montante económico que viene percibiendo, o bien de no obtenerlo, lo que lleva a considerar que, ante las serias dificultades que se presentan para la obtención de una prueba directa, se deba considerar suficiente la prueba indiciaria, siempre que las evidencias sean serias y plausibles, de suerte tal que permitan inferir el hecho base que se trata de justificar (...).”

La SAP Asturias 27 febrero de 2015³⁰ que, trayendo a colación varias resoluciones explica que, si bien el demandante es el que ha de probar la relación o la convivencia, la demostración de que la misma no reúne las características de estabilidad y permanencia, corresponde a quien “goza de tal situación, por la teoría de la facilidad probatoria recogida en la jurisprudencia (FJ 2º)”. En el presente caso, la relación había tenido una duración de 5 años, con frecuentes pernoctas en casa de la acreedora de la pensión compensatoria. La relación era pública, existían fotos que así lo demostraban incluso en la escuela de la madre fallecida de la acreedora, aparecía con el calificativo de hijo político.

No se extingue la pensión compensatoria en el caso de la SAP de Barcelona 6 mayo 2015³¹, dado que lo único que se aportó al proceso fue un informe de un detective que realizó un seguimiento durante diez días. Lo que se constataba es que ella pernoctaba en casa de él, pero no existía ni publicidad de la relación, ni presencia de él en actos familiares, ni se había acreditado la estabilidad de la relación. Tampoco en la SAP Burgos 31 octubre 2014³², por entender la Audiencia que no se ha podido acreditar de forma suficiente la convivencia marital, aunque la parte demandada manifestara una relación de noviazgo con un tercero, sin residir en el mismo domicilio y manteniendo cada uno su independencia económica.

Por lo que respecta al tema de la prueba y los informes de los detectives privados, MONTERO AROCA pone de manifiesto que los tribunales les han otorgado una mayor fiabilidad, ya que en un primer momento era escasa y que estos pueden, a su vez, completarse con reportajes fotográficos y videográficos. Explica que si un informe contempla un periodo de control prolongado en el tiempo, como pudieran ser varios meses, acabaría por tener “valor de convicción”, incluso si posteriormente no se ratificara al denegarse la prueba testifical³³. Por otra parte, NAVARRO MIRANDA pone de relieve, como hemos comentado, la dificultad probatoria del hecho extintivo de la pensión, debido a la falta de instrumentos que acrediten de modo fehaciente el mismo, por lo que hay que recurrir a las presunciones del art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque quien solicite la extinción de la pensión debe agotar los medios probatorios que pueda tener a su alcance, y “que sean admisibles en derecho en el procedimiento tramitado y en la fase procesal oportuna, de forma que ofrezca el material probatorio suficiente y concluyente que permitan la aplicación del artículo 101 antes citado y del presupuesto señalado en

³⁰ SAP Asturias 27 febrero de 2015 (JUR 2015\101181).

³¹ SAP Barcelona 6 mayo 2015 (JUR 2015\165238).

³² SAP Burgos 31 de octubre 2014 (JUR 2015\50348).

³³ MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 323 a 325.

dicho precepto como causa de extinción de la pensión compensatoria”³⁴.

V. ¿EL/LA CÓNYUGE COMO MANTENIDO/A?

Como mencionamos anteriormente la finalidad de la pensión compensatoria es compensar el desequilibrio que produce la separación o el divorcio. Por otro lado, y queremos dejarlo muy claro compartimos plenamente la necesidad de extinguir la pensión, para evitar situaciones abusivas, en los casos en que el acreedor mejore en fortuna (con independencia de la causa que sea) y, aun así, busca recibir la pensión del deudor, produciéndole un perjuicio a éste.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista la extinción de la pensión por convivencia marital plantea diversos interrogantes o disfunciones. Reiteramos que nos parece acertado la conveniencia de extinguir la pensión compensatoria en casos de contraer nuevo matrimonio o mantener una relación análoga a la matrimonial, con la finalidad de evitar abusos y perjudicar al deudor. No obstante, como hemos dejado apuntado anteriormente y, así ha señalado la doctrina, una errónea interpretación puede llevarnos a considerar que se extingue la pensión, porque se ha encontrado a un tercero que lo/la mantenga. Es decir, está claro que, si el acreedor contrae nuevo matrimonio, en palabras de BERROCAL LANZAROT surge “un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del nuevo vínculo, que viene a reequilibrar la posición económica del ex cónyuge acreedor; además de no resultar razonable que el nuevo cónyuge del acreedor se beneficie de la pensión que éste obtiene de su ex cónyuge”³⁵. Pero, como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO en ambas causas lo cuestionable es “la virtualidad de la conservadora idea que se encuentra atrincherada como trasfondo ideológico bajo tal fundamentación, y que no es otra que, contraído nuevo matrimonio o entablada relación análoga a la conyugal, la pensión se extingue porque su beneficiario (...) ha encontrado ya otra persona que le mantenga”³⁶. Por lo que respecta a la convivencia marital la SAP Segovia 30 junio 2016 mantiene que, la causa por la cual se extingue la pensión si concurre este tipo de relación, se basa en que puede suponer para el acreedor “un retorno, o cuando menos, una aproximación a la situación patrimonial en la que se encontraba, es decir, que el beneficiario de dicha pensión pueda disponer de la ayuda y soporte económico de un nuevo compañero” (FJ2º)³⁷.

No obstante, hemos de tener presente que la sociedad ha avanzado mucho en las últimas décadas. Obviamente, aún queda mucho camino por recorrer, pero la mujer se ha incorporado al mundo laboral y ya han empezado a concederse pensiones compensatorias a los hombres, hecho impensable hace unos años³⁸. Aunque esta

³⁴ NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Artículo 101”, cit., p. 566.

³⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La pensión compensatoria o compensación por desequilibrio en los procesos de separación o divorcio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, p. 1267.

³⁶ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La «vida marital»*, cit., p. 63.

³⁷ SAP Segovia 30 junio 2016 (JUR 2016\195197).

³⁸ STS 3 noviembre 2015 (RJ 2015\4968).

evolución del derecho de familia se ha de ir adaptando a los nuevos cambios, también hemos de tener en cuenta que, aunque la finalidad de la causa de extinción es loable, puede producir el efecto contrario en algunos supuestos. Por ejemplo, pensemos que el receptor de la pensión ha estado trabajando dentro del hogar, lo que le ha provocado un desequilibrio económico en el momento de la crisis matrimonial. Puede ocurrir que, aún mostrando una actitud activa en la búsqueda de un trabajo, no lo encuentre. Pongamos, además, el caso de que esta persona mantiene una relación con un tercero durante un año y medio, sin convivir bajo el mismo techo. La relación es conocida. Si en este caso se extingue la pensión, ¿no se puede interpretar que se hace porque tiene una pareja “que le puede mantener”? No consideramos que esa sea la interpretación que deba darse en el momento actual en el que estamos.

Por otro lado, aunque de forma sucinta, queremos poner de relieve también que el acreedor que reciba la compensación en forma de prestación única saldrá, si se nos permite la expresión, favorecido en relación con el que la recibe en forma de pensión. Es decir, imaginemos dos supuestos: uno que se concede una compensación por 90.000 euros, que se pagará en una prestación única. En un segundo caso, se concede una pensión compensatoria de 1.500 euros mensuales durante 5 años. En el primer caso, si el receptor de la misma tiene una relación sentimental similar a la convivencia marital, no le afectará este hecho al pago de la compensación dado que la ha recibido en una prestación. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo cuando se perciba en forma de prestación sucesiva. En el momento en que se constate la existencia de esta relación, obviamente, si cumple con los requisitos que marca la jurisprudencia, el deudor ya no quedará obligado a su pago, si así lo determina la sentencia.

GUTIÉRREZ SANTIAGO y GARCÍA AMADO señalan tres “absurdos” al analizar la relación del art. 97 y 101 Cc. El primero es que la pensión se conceda por el desequilibrio que la crisis matrimonial produce a uno de los cónyuges teniendo en cuenta la posición económica que tiene el otro, en palabras textuales de los autores “como si al casarse se adquiriera el derecho a no vivir nunca peor de lo que viva el cónyuge de uno, inclusive el tiempo que pase después de divorciarse”. El segundo que para cuantificar y otorgar la misma se tengan en cuenta elementos como la duración del matrimonio y la convivencia conyugal, y que se calcule tomando entre otros factores el caudal y los medios económicos y las necesidades de los cónyuges, dado que la tesis de la naturaleza alimenticia de la pensión está superada. Por último, entienden que es un absurdo que se extinga la pensión por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Estos mismos autores, a continuación, proponen una serie de reformas al respecto: en primer lugar, que no exista “pensión por desequilibrio”, sino compensaciones por el enriquecimiento injusto o daño si lo hubiere. En segundo lugar, que éstas no guarden relación con posteriores matrimonios o relaciones; tercero, que sea objeto de pacto en cualquier momento y, por último, que si quien contrae matrimonio está buscando un seguro de vida, que las compañías de seguros establezcan un seguro de

vida matrimonial, por el cual se cotice constante matrimonio y se cobre al divorciarse³⁹.

En conclusión, la pensión compensatoria, del mismo modo que el resto de las instituciones de Derecho de Familia, han de ir adaptándose a las reivindicaciones y necesidades de la sociedad. No podemos poner en tela de juicio su importancia, para evitar situaciones injustas con el cónyuge que ha perdido oportunidades laborales, por dedicarse al cuidado del hogar y la familia. Ahora bien, hemos de pensar que la configuración de la pensión compensatoria, en la actualidad, puede ser que no adecúe de forma precisa a las nuevas situaciones sociales y personales que se están produciendo en la actualidad. Por tanto, consideramos necesaria una reformulación de la pensión compensatoria para buscar un equilibrio entre ambas partes.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La pensión compensatoria o compensación por desequilibrio en los procesos de separación o divorcio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción de la pensión compensatoria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2014.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016.

CABEZUELA ARENAS, A. L.: *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., GARCÍA AMADO, J. A.: “La «vida marital» como causa de extinción de la pensión compensatoria. Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código Civil”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, nº. 6, 2013.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La «vida marital» del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

MAGRO SERVET, V.: “La extinción de la pensión compensatoria por la razón de «vivir maritalmente con otra persona», la receptora de la misma. Análisis de la STS de 9 de febrero de 2012”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2012.

³⁹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., GARCÍA AMADO, J.A.: “La «vida marital»”, cit., pp. 25 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Artículo 97”, en AA.VV., *Código Civil Comentado, Volumen I*, 2ª edición, Coordinador Pedro de Pablo Contreras, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016.

MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MANZANO FERNÁNDEZ, M. DEL M.: “Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014.

NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Artículo 101”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado, Volumen I*, 2ª edición, Coordinador Pedro de Pablo Contreras, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016.

ROMERO COLOMA, A. M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, 2017, núm. 75/2017, versión electrónica, BIB 2017\1980.

SALAS CARCELLER, A.: “La extinción de la pensión compensatoria por iniciar vida marital con otra persona el cónyuge beneficiario”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012.

SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatòria; criteris de limitadors de su importe y extensió*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.



FISCALIDAD DE LA FAMILIA EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL

TAXATION OF THE FAMILY IN SITUATION OF MARITAL CRISIS

FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Profesor de la Universitat Politècnica de València
Profesor de la Universitat Jaume I
Abogado
fernandohernandez@icav.es

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto principal analizar la situación fiscal derivada de la crisis matrimonial. A lo largo del estudio se expondrán los diversos tratamientos tributarios que se podrán dar como consecuencia de los acuerdos previstos en el convenio regulador del artículo 90 del CC. Entre ellos, las obligaciones impositivas derivadas de la pensión por alimentos; la pensión compensatoria; otras cargas pactadas entre los cónyuges; y la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del CC.

PALABRAS CLAVE: fiscalidad de familia; pensión por alimentos; pensión compensatoria; cargas familiares; indemnización por nulidad matrimonial.

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to analyze the fiscal situation derived from the marital crisis. Throughout the study will be exposed the various tax treatments that may be given as a result of the agreements provided for in the regulatory agreement of Article 90 of the CC. Among them, the tax obligations derived from the maintenance pension; the compensatory pension; other charges agreed between the spouses; and compensation for marriage annulment of Article 98 of the CC.

KEY WORDS: family tax; alimony; compensatory pension; family charges; compensation for marriage annulment.

FECHA DE ENTREGA: 31/05/2018 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONVENIO REGULADOR DEL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. LA PENSIÓN POR ALIMENTOS DEL ARTÍCULO 93 DEL CÓDIGO CIVIL.- IV. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.- V. PAGO DEL ALQUILER O PRÉSTAMO HIPOTECARIO DE LA VIVIENDA DEL CÓNYUGE E HIJOS.- VI. LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DEL CÓDIGO CIVIL.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el tratamiento fiscal de la familia en situaciones de crisis matrimonial, sea ésta como consecuencia de separación o divorcio. Durante el trabajo se estudiarán las distintas consecuencias tributarias derivadas de la sentencia o el acuerdo regulador previsto en el artículo 90 del Código Civil (CC) que fija la situación jurídica individualizada de cada uno de los cónyuges. A tal efecto, se analizará la pensión por alimentos, la pensión compensatoria y otras cargas que pudieran establecerse como consecuencia de la separación o divorcio. El objetivo es analizar las consecuencias fiscales que conlleva su establecimiento y, en su caso, la modificación que pudieran sufrir a lo largo del tiempo, como, por ejemplo, en el caso de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del CC.

Antes de abordar la problemática tributaria planteada conviene, para una mejor comprensión de los mecanismos que establece la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (IRPF), una introducción sobre la función del Derecho Financiero y Tributario. Con dicha aproximación podremos entender y comprender mejor la decisión del legislador tributario cuando establece las consecuencias fiscales derivadas de los acuerdos del convenio regulador.

Según el profesor SAINZ DE BUJANDA, el Derecho Financiero es aquella “disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y los pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos”¹.

Estos recursos públicos vendrán establecidos en virtud del marco constitucional que recoge el artículo 31.1 de nuestra Carta Magna el cual fija que: todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Por tanto, el

¹ SAINZ DE BUJANDA, F.: “Estado de Derecho y Hacienda Pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 193-194.

legislador deberá busca y gravar la capacidad económica allí donde la misma se encuentre (hecho, acto o negocio jurídico). Por ejemplo, el sustrato sobre el que se establece el gravamen puede venir de cualquier norma sustantiva que regule una institución jurídica como la compra-venta (IVA o TPO), sucesión o donación (ISD) o el establecimiento de una hipoteca (AJD). Evitando siempre un sistema que conllevara la confiscación por la vía impositiva.

Así pues, partiendo del imperativo constitucional de que todos deben contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de conformidad a su capacidad económica, seguidamente se analizará el tratamiento fiscal de la pensión por alimentos, la pensión compensatoria y otras cargas que pudieran pactarse desde la posición del cónyuge que la abona y desde la situación del que la recibe. Asimismo, veremos las consecuencias tributarias en el caso de la modificación de las mismas a lo largo del tiempo en aplicación del artículo 99 del CC establecerá que “en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”.

II. EL CONVENIO REGULADOR DEL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL

Conviene comenzar este estudio haciendo mención al convenio regulador. Este instrumento es el que recogerá los acuerdos y, por lo tanto, las obligaciones y derechos que surjan como consecuencia de la separación o divorcio de los cónyuges. Por dicho motivo, lo primero que nos proponemos es conocer su previsión legal y el contenido del mismo.

El artículo 90 del CC establece que el convenio regulador deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a

uno de los cónyuges.

Este instrumento se configura, así, como el documento que recoge los pactos derivados de la separación o divorcio entre los cónyuges. Estos acuerdos, presentados ante el órgano judicial, serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Acordadas las medidas por el Juez en defecto de acuerdo o si hubiera convenio regulador, se podrán modificar judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Por ello se hace necesario el estudio no sólo del establecimiento de las medidas derivadas de la separación o divorcio sino también sus posibles modificaciones.

III. LA PENSIÓN POR ALIMENTOS DEL ARTÍCULO 93 DEL CÓDIGO CIVIL

Dentro de las medidas necesarias a acordar en el convenio regulador está la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso².

El artículo 90 del CC menciona la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos. Y es el artículo 93 del mismo texto legal el que concreta 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. Con ello, el legislador, quiere establecer la garantía y distribución de las cargas de los cónyuges por el concepto de alimentos después de la situación de crisis. Dando siempre la protección debida a los hijos fruto de la relación que se separa o disuelve.

Esta pensión, junto con la prevista para el cónyuge, encuentra su regulación fiscal en el artículo 55 de la LIRPF que determina que: las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible.

Sobre la tributación de este abono y cobro como consecuencia de la pensión por alimentos, la Dirección General de Tributos, en su Consulta vinculante V2043-17, de fecha 27 de julio de 2017, respondía a la aplicación de algún beneficio fiscal en la declaración del IRPF del ejercicio 2016, afirmando que: respecto a las anualidades por alimentos fijadas a favor de los hijos no podrán reducir la base imponible general, según lo establecido en el artículo 55 de la LIRPF. Ahora bien, debe recordarse que

² La importancia de esta pensión y su cuantificación ha llevado al Consejo General de Poder Judicial a publicar una web para su cálculo: <http://pensionesaa.poderjudicial.es/pensionesaa/>

las citadas anualidades por alimentos (a diferencia de las pensiones compensatorias) están exentas de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas de su perceptor.

No obstante lo anterior, desde la perspectiva del pagador, sí se tiene en cuenta las anualidades satisfechas para calcular la cuota íntegra estatal y autonómica del Impuesto. En concreto, el artículo 64 de la LIRPF establece que: “Especialidades aplicables en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos.

Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, cuando el importe de aquéllas sea inferior a la base liquidable general, aplicarán la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley separadamente al importe de las anualidades por alimentos y al resto de la base liquidable general. La cuantía total resultante se minorará en el importe derivado de aplicar la escala prevista en el número 1.º del apartado 1 del artículo 63 de esta Ley, a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar incrementado en 1.980 euros anuales, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración”.

En el mismo sentido se manifiesta el artículo 75 de la LIRPF para el cálculo de la cuota íntegra autonómica.

En consecuencia, partiendo de la premisa de que el consultante no puede aplicarse el mínimo por descendientes por su hija previsto en el artículo 58 de la Ley del Impuesto, al consultante le será de aplicación el citado régimen de anualidades por alimentos, dado que está satisfaciendo a su hija una pensión alimenticia fijada en escritura de divorcio, debiendo en este caso rellenar la casilla 481 “importe de las anualidades por alimentos en favor de los hijos satisfechas por decisión judicial” que figura en el apartado M “datos adicionales” de la página 14 del modelo (D-100) de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2016, aprobado por la Orden HFP/255/2017, de 21 de marzo (BOE de 23 de marzo), para que se tengan en cuenta dicho importe a la hora de proceder al cálculo del Impuesto.

Por otra parte, la Consulta vinculante V2185-07, de 16 de octubre de 2007, respondía al siguiente planteamiento: el consultante abona mensualmente a cada uno de sus dos hijos 2.334€ en concepto de pensión por alimentos fijada judicialmente. Su cónyuge, además de ser madre de estos dos hijos comunes, es madre de otro hijo habido en un matrimonio anterior. El consultante, sin que exista ninguna obligación al respecto decide dar, a este otro hijo de su cónyuge, a modo de liberalidad otros 2.334€ mensuales “en concepto de pensión por alimentos”.

En la respuesta de la DGT acerca del trabamamiento de los tipos de pagos hacía una diferenciación. En primer lugar, respecto de las anualidades por alimentos que el consultante satisface a sus dos hijos por decisión judicial, estas cantidades son

percibidas por los hijos no por el *animus donandi* de su padre, sino como consecuencia de la existencia de una obligación legal derivada de sentencia judicial.

Por tanto, para los hijos las cantidades percibidas quedarán sujetas al Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas y no al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Estas cantidades constituirán para sus perceptores –los hijos– rendimientos del trabajo de conformidad con lo establecido en la letra f del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, (B.O.E. de 29 de noviembre) –en adelante LIRPF– si bien, estarán exentos en virtud de la letra k) del artículo 7 de la citada Ley.

Por su parte, el consultante no podrá reducir su base imponible por las cantidades satisfechas, en virtud del artículo 55 de la LIRPF, pues se trata de anualidades por alimentos a favor de sus hijos satisfechas por decisión judicial. No obstante, aplicará las escalas general y autonómica del Impuesto de manera separada al importe de las anualidades por alimentos y al resto de su base liquidable general en los términos establecidos en los artículos 64 y 75 de la LIRPF.

En segundo lugar, respecto de las cantidades satisfechas a modo de liberalidad al hijo de su cónyuge, estas cantidades se satisfacen por el *animus donandi* del consultante, no existiendo obligación legal de satisfacerlas. Por tanto, para su perceptor –el hijo de su cónyuge– las rentas percibidas no quedan sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de conformidad con el apartado 4 del artículo 6 de la LIRPF, sin perjuicio de la tributación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Por su parte, el consultante no podrá computar ninguna pérdida patrimonial por los importes satisfechos, de conformidad con la letra c) del apartado 5 del artículo 33 de la LIRPF, al satisfacerse a modo de liberalidad. Tampoco podrá reducir su base imponible al no satisfacerse una anualidad por alimentos por decisión judicial, ni podrá aplicar separadamente las escalas pues no satisface una anualidad por alimentos a su hijo.

En relación al pago de la pensión por alimentos que realiza el contribuyente a sus hijos, esta previsión tiene su reflejo fiscal en el artículo 64 y 75 de la LIRPF que permitirá considerar estos gastos. A este respecto, resulta muy interesante la reciente sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de enero de 2017 (rec. 498/2015) en la que, el recurrente, en su demanda solicita la anulación de las resoluciones impugnadas y que la AEAT gire nuevas liquidaciones admitiendo la anualidad por alimentos a favor de los hijos del recurrente consignadas en las declaraciones de IRPF de 2010 y 2011. A tal fin manifiesta que en el convenio regulador de separación, ratificado mediante sentencia de 6 de noviembre de 2006, las partes acuerdan que los gastos extraordinarios serán asumidos por mitades por ambos progenitores, comprometiéndose cada uno de ellos al abono de una cantidad

mensual de 350,00 euros que debe depositarse en una cuenta común abierta a tal efecto, considerando que dichas cantidades pueden enmarcarse en el concepto de “anualidades por alimentos a favor de los hijos”, entendiéndose como “alimentos” en sentido amplio y legal del término del artículo 142 del Código Civil, todos los gastos que se satisfacen a los hijos, salvo los atinentes a la manutención, que cada progenitor abona en su caso, al tener la custodia compartida.

El Tribunal hace referencia a que “la mención a las anualidades por alimentos constituye un concepto jurídico que se ha de interpretar atendiendo al tenor literal del convenio aprobado en sentencia de separación y al sentido que las partes quisieron atribuir a sus cláusulas”, y da la razón al contribuyente al sostener que “los alimentos comprenden todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Así pues, no podemos entender una equiparación entre la anualidad por alimentos a los hijos que menciona el artículo 75 ya citado, y los destinados estrictamente al sustento de los hijos, toda vez que aquel concepto engloba los gastos médicos, de transporte, vestuario, material escolar o deportivo, y cualesquiera otros gastos indispensables para atender al sostenimiento y educación de los descendientes, salvedad hecha de su manutención o sustento, pues al hallarse la custodia compartida, lógicamente han de sufragarse por el progenitor con quién convivan, como así prevé el propio convenio aprobado judicialmente.

En consecuencia, procede estimar el recurso que nos ocupa y anular las resoluciones impugnadas, debiéndose admitir la pretensión recurrente en relación a la anualidad por alimentos a favor de los hijos”.

IV. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL

La pensión compensatoria está recogida en el artículo 97 del CC que establece que: “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

De esta relación jurídica de índole privado surgirá una obligación de dar para una parte y un derecho a recibir de la otra. La tributación de las consecuencias derivadas del establecimiento y modificación del régimen de la pensión compensatoria está en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). A tal efecto debemos analizar separadamente la situación del cónyuge que abone la pensión del que la reciba:

Para el que recibe la pensión, el artículo 17.2.f) LIRPF califica esta renta como rendimiento del trabajo: “las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge”.

Claramente es una ficción jurídica pero el legislador ha decidido incluirlas en dicho concepto.

No obstante, el artículo 61.3.A.2º del reglamento del IRPF establecerá que: no tendrán que declarar, los contribuyentes que obtengan rentas procedentes exclusivamente 12.000 euros anuales, cuando se perciban por pensión compensatoria.

Para el que abona la pensión, en este caso nos encontraremos con una reducción de la base imponible. El artículo 55 de la LIRPF determinará que: “las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible”.

Ello tiene razón de ser dado que, además de no disponer de dicha renta, el legislador ha decidido que tribute el cónyuge que recibe la compensación, por lo que el que la abona debe eliminarla de su base imponible. De no ser así, se estaría tributando dos veces por lo mismo; el cónyuge que recibe la pensión y el que la paga. Todo lo cual daría con un enriquecimiento injusto de la Administración Tributaria, el cual está prohibido por el ordenamiento jurídico.

Analizar supuestos de la DGT en respuesta a consultas tributarias:

Consulta vinculante: V2192-09.

Supuesto en el que se plantea sobre la pensión compensatoria a favor de la consultante:

- Consideración fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del pago de la pensión compensatoria.
- Límites de la obligación de declarar.

1º) Para el perceptor de la pensión compensatoria, el artículo 17.2 f) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre), en adelante LIRPF, califica como rendimientos del trabajo “las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley”.

Desde la perspectiva del pagador, el artículo 55 de la LIRPF establece que “las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible.” En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la citada Ley,

las cantidades satisfechas reducirán la base imponible general y, en su caso, la base imponible del ahorro del consultante dando lugar a las bases liquidables general y del ahorro sin que estas puedan resultar negativas como consecuencia de esta minoración.

En consecuencia, no cabe considerar una doble imposición como se hace en el escrito de consulta pues como se acaba de señalar, la tributación de cantidades como rendimientos del trabajo se compensa con la reducción en los supuestos de pagos de pensiones compensatorias³.

2º) Por otro lado, la obligación de declarar y, en su caso, tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se recoge en el artículo 96 de la Ley del Impuesto.

Según este precepto, no tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan rentas procedentes, exclusivamente, de las siguientes fuentes, en tributación individual o conjunta:

- a) Rendimientos íntegros del trabajo, con el límite de 22.000 euros anuales.
- b) Rendimientos íntegros del capital mobiliario y ganancias patrimoniales sometidos a retención o ingreso a cuenta, con el límite conjunto de 1.600 euros anuales.
- c) Rentas inmobiliarias imputadas en virtud del artículo 85 de esta ley, rendimientos íntegros del capital mobiliario no sujetos a retención derivados de letras del Tesoro y subvenciones para la adquisición de viviendas de protección oficial o de precio tasado, con el límite conjunto de 1.000 euros anuales.

En ningún caso tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan exclusivamente rendimientos íntegros del trabajo, de capital o de actividades económicas, así como ganancias patrimoniales, con el límite conjunto de 1.000 euros anuales y pérdidas patrimoniales en cuantía inferior a 500 euros.

El límite establecido en la letra a) anterior será de 11.200 euros⁴ para los contribuyentes que perciban rendimientos íntegros del trabajo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando procedan de más de un pagador. No obstante, el límite será de 22.000 euros anuales en los siguientes supuestos:

1.º Si la suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no supera en su conjunto la cantidad de 1.500 euros anuales.

³ HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: “La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

⁴ Este límite será de 12.000 desde la reforma del reglamento operada por virtud del Real Decreto 633/2015, de 10 de julio.

2.º Cuando se trate de contribuyentes cuyos únicos rendimientos del trabajo consistan en las prestaciones pasivas a que se refiere el artículo 17.2.a) de la Ley del Impuesto y la determinación del tipo de retención aplicable se hubiera realizado de acuerdo con el procedimiento especial que reglamentariamente se establezca.

b) Cuando se perciban pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos diferentes de las previstas en el artículo 7 de la Ley del IRPF.

c) Cuando el pagador de los rendimientos del trabajo no esté obligado a retener de acuerdo con lo previsto reglamentariamente.

d) Cuando se perciban rendimientos íntegros del trabajo sujetos a tipo fijo de retención.

En consecuencia, al percibir una pensión compensatoria estará obligada a presentar declaración por este Impuesto, entre otros supuestos, cuando el importe total de los rendimientos íntegros del trabajo (incluyendo la citada pensión compensatoria) sea superior a 12.000 euros anuales.

Consulta número: 1057-04 (en idéntico sentido V1546-05):

Supuesto en el que se plantea la sustitución una pensión compensatoria por un pago único o un seguro de renta vitalicia de prima única:

Dicha situación está prevista en el artículo 99 del CC. Por ello, la aplicación de esta reducción en el caso consultado, en sus dos variantes –contratación de un seguro de renta vitalicia o satisfacción de un pago único–, operaría en el período impositivo en que se satisficiera la prima única o el pago único, debiendo tenerse en cuenta en su aplicación lo dispuesto en el artículo 50: “la base liquidable general estará constituida por el resultado de practicar en la base imponible general, exclusivamente y por este orden, las reducciones a que se refieren los artículos 51, 53, 54, 55 y disposición adicional undécima de esta Ley, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de dichas disminuciones”.

Si la base liquidable general resultase negativa, su importe podrá ser compensado con los de las bases liquidables generales positivas que se obtengan en los cuatro años siguientes.

Respecto a la tributación del excónyuge, ambos supuestos (contrato de seguro de renta vitalicia o pago único) comportan para aquel la obtención de rendimientos del trabajo (por el importe de la prima, en el primer caso, o por el capital recibido, en el segundo caso), tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 17.2.f) de la Ley del Impuesto, que otorga tal calificación a “las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge”. A su vez, en aplicación del artículo 17.2.a) de la misma Ley y del artículo 12 del Reglamento del Impuesto (aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo) operaría la reducción del 30 por 100, al tratarse de rendimientos obtenidos

de forma notoriamente irregular en el tiempo.

V. PAGO DEL ALQUILER O PRÉSTAMO HIPOTECARIO DE LA VIVIENDA DEL CÓNYUGE E HIJOS

Por último, y tras analizar las pensiones por alimentos y compensatorias, vamos a analizar otro tipo de concepto que pueden quedar previstos en el convenio regulador tal y como prevé el artículo 90 del CC⁵.

Consulta número: 0332-01:

Supuesto en el que, además de pensión compensatoria, el cónyuge abona el importe del arrendamiento de la vivienda familiar cuyo uso corresponde a su exesposa y a sus hijos:

No cabe entenderlas comprendidas en los conceptos de pensión compensatoria ni anualidades por alimentos a favor de la esposa, a los que se refiere el artículo 46.2 de la Ley del Impuesto. En consecuencia, las cantidades satisfechas por el consultante por el arrendamiento de la vivienda familiar, cuyo uso corresponde a su ex-esposa y a sus hijos, no dan derecho a reducir la parte general de la base imponible.

Consulta número 0359-00

Supuesto por virtud del cual el consultante debe abonar cantidades por los siguientes conceptos: Pensión alimenticia a los hijos del matrimonio; contribución al levantamiento de las cargas familiares, y debe abonar el 50 por 100 del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual del matrimonio separado; y el 50 por 100 del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual cuyo uso corresponde a su mujer e hijos.

Sobre esta cuestión, la DGT respondía afirmando que las cargas del matrimonio tienen diferente naturaleza y fundamento jurídico que la pensión compensatoria, y pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en el Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (artículos 1318, 1362 y 1438). La pensión compensatoria no es una carga familiar, pues obedece a evitar el desequilibrio económico que la separación o divorcio pueden producir a los cónyuges.

Tampoco es posible equiparar la obligación de contribuir a las cargas del

⁵ En este apartado especial referencia tiene el uso de la vivienda. En este supuesto, ver: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015. Y en ausencia de hijos, ver: CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (rj 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6 (1), 2017.

matrimonio con la deuda alimenticia a favor del cónyuge, que si daría derecho a reducir la base imponible, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo: “aunque en situaciones de normalidad en el desarrollo del matrimonio (), la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a las cargas del matrimonio con arreglo a los artículos 1318, 1362 y 1438, cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el artículo 143” (Sentencia de 25 de noviembre de 1985).

En el caso consultado las cantidades que el consultante abona a su esposa para el “levantamiento de las cargas familiares” no dan derecho a reducir la parte general de la base imponible, pues no cabe entenderlas comprendidas en los conceptos de pensión compensatoria o anualidades por alimentos a favor de la esposa. Por lo que se refiere a las pensiones alimenticias a favor de los hijos, tampoco dan derecho a reducir la parte general de la base imponible, dado que las mismas, siempre y cuando estén fijadas por decisión judicial, están exentas del Impuesto (artículo 9.uno.k) de la Ley 18/1991 y artículo 7.k) de la Ley 40/1998).

Finalmente, el tratamiento de las cantidades del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual, cuyo uso corresponde a la mujer e hijos del consultante, y que son satisfechas por éste deriva de la incidencia fiscal que el derecho de uso sobre la vivienda familiar tiene en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El derecho del uso de la vivienda familiar que el artículo 96 del Código Civil atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, posee una naturaleza jurídica no definida expresamente por el Código Civil y controvertida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, mientras la Sentencia de 18 de octubre de 1994 lo configura como un «derecho real familiar de eficacia total» (Fundamento de Derecho Segundo), la de 29 de abril de 1994 contempla la posibilidad de que carezca del carácter de derecho real, cuando afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto: «El derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges (...) todo ello, sin perjuicio de que el propietario del inmueble o incluso el Juez, puedan constituir un auténtico derecho real de uso». Por otro lado, la Sentencia de 11 de diciembre de 1992 lo califica, en su Fundamento de Derecho Segundo, como «una carga que pesa sobre el inmueble».

No obstante la actual indefinición sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar previsto en el artículo 96 del Código Civil, a juicio de la DGT cabe afirmar que, dados los términos en que se pronuncia el artículo 34 de la Ley del Impuesto, es difícil pensar que en el espíritu de la ley se residencie la voluntad de someter a tributación la situación planteada, por tanto, en el caso consultado la aplicación de lo dispuesto en dicho precepto no afectará al consultante.

Asimismo, a partir del 1 de enero de 1999, tampoco procederá la imputación de una renta inmobiliaria en los términos señalados en el artículo 71 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (BOE del 10).

La conclusión anterior, la no existencia de un rendimiento de capital inmobiliario por la vivienda habitada por el cónyuge separado legalmente, determina que, en aplicación de lo dispuesto por la letra B) del artículo 35 de la Ley 18/1991, el consultante no pueda deducir las cuotas y recargos devengados por el Impuesto -municipal- sobre Bienes Inmuebles, ni los intereses del préstamo hipotecario por él satisfechos. Del mismo modo, tampoco darán derecho a deducción en la cuota por inversión en vivienda habitual, las cantidades satisfechas por el consultante.

VI. LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DEL CÓDIGO CIVIL

Un último supuesto nos queda por atender es la situación que se da cuando un cónyuge percibe una indemnización por la nulidad del matrimonio. Esta situación la regula el artículo 98 del CC y establece que: el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

Sobre las consecuencias fiscales de esta situación ha tenido oportunidad de pronunciarse la DGT en su Consulta vinculante número V0922-03, de fecha 11 de mayo de 2016. La pregunta que se formuló fue sobre el régimen tributario de la consultante, cuyo matrimonio fue declarado nulo, reclama judicialmente a su ex-cónyuge la indemnización que establece el artículo 98 del Código Civil.

La indemnización sobre la que versa la consulta obliga a transcribir el contenido del artículo 97:

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

1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o

profesionales del otro cónyuge.

6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

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

Respecto a la naturaleza de la indemnización, el Tribunal Supremo (sentencia de 10 de marzo de 1992) mantiene el siguiente criterio: “la indemnización que dicho artículo 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, (...), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social”.

Una vez vista la configuración de la indemnización, respecto a su tributación en el IRPF procede indicar, en primer lugar, que no se encuentra amparada por ninguno de los supuestos de exención o no sujeción establecidos legalmente. Dicho lo anterior, a continuación procede determinar qué componente de renta constituye la indemnización.

El artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (BOE del día 10)⁶, definidor de los rendimientos del trabajo, incluye en su apartado 1 el concepto genérico de estos rendimientos y en su apartado 2 unos supuestos específicos que, con independencia de su acomodamiento a la definición del apartado 1, son calificados expresamente por la ley como rendimientos del trabajo, supuestos de los que procede entresacar aquí el recogido en su párrafo f): “Las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta ley (donde se declara la exención de las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de sentencia judicial)”.

⁶ La referencia a esta ley del impuesto es por la fecha de la consulta. En la actualidad la ley vigente es Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

De acuerdo con lo expuesto, al no corresponderse la indemnización del artículo 98 del Código Civil con la pensión compensatoria, su calificación queda al margen de su posible consideración como rendimientos del trabajo. Rechazada esta calificación, cabe afirmar que la percepción de la indemnización comporta una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente (incorporación de dinero) que da lugar a una ganancia patrimonial, tal como dispone el artículo 31.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto, ganancia patrimonial que, al no proceder de una transmisión, debe cuantificarse en el importe de la indemnización. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 32.1.b) de la misma ley: “El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será en los demás supuestos (distintos del de transmisión), el valor de mercado de los elementos patrimoniales o partes proporcionales, en su caso”.

BIBLIOGRAFÍA

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (rj 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6 (1), 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: “La tributación de la pensión compensatoria como consecuencia de la separación o divorcio en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 (2), 2016.

SAINZ DE BUJANDA, F.: “Estado de Derecho y Hacienda Pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951.



LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

*THE FAMILY INSTITUTION REFLECTED IN THE JURISPRUDENCE OF THE SPANISH
CONSTITUTIONAL COURT*

DRA. M^a JOSÉ SALAR SOTILLOS
Profesora de Ética y Deontología Empresarial y Profesional y
Profesora de Antropología
Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"
mariajose.salar@ucv.es

RESUMEN: Podemos afirmar que la estructura familiar sobre la que se asienta la mayor parte de las normas del Derecho de Familia ha cambiado radicalmente en las últimas décadas. Hoy en día, cuando se habla de familia se está incluyendo en ese concepto gran variedad de supuestos: familias nucleares, homoparentales, monoparentales, parejas de hecho, con padres separados o divorciados... El Tribunal Constitucional no ha quedado al margen de esta realidad.

Muchas son las cuestiones propuestas ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltas por el mismo y que afectan a la familia en ámbitos bien distintos, abordando también conflictos surgidos de estas nuevas formas de familia que hace algunos años hubiera sido impensable que se solventaran ante el mismo. La línea no siempre homogénea de esa jurisprudencia y la enorme extensión de la misma hacen difícil la aproximación a ella por los juristas, los profesionales del derecho y, más aún, por los ciudadanos en general. Por ello, en este artículo vamos a hacer un análisis y reflexión de esa amplia doctrina jurisprudencial para plantear una visión global del alcance que, para nuestro más Alto Tribunal tienen los preceptos de la familia en la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia, Tribunal Constitucional, Jurisprudencia.

ABSTRACT: *We can say that the family structure on which most of the family law rules are based has changed radically in recent decades. Nowadays, when one speaks about family, a wide variety of assumptions are included in this concept: nuclear families, homoparentales, single-parent, domestic partnership, unmarried couples, families with separated or divorced parents... The Constitutional Court has not been excluded from this reality.*

There are many varied family issues that have been proposed and resolved by the Constitutional Court, some of which relate to conflicts arising from these new forms of family that some years ago would have been unthinkable to be resolved by this court. The jurisprudence in this conflicts does not always follow a homogeneous line, therefore is difficult to approach by the jurists, the law professionals and, moreover, by the citizens in general. Consequently, in this article we will carry out an analysis and reflection of this broad jurisprudence doctrine to raise a global vision of the scope

that, the family articles in the Constitution have for our Highest Court

KEY WORDS: Family Law, Constitucional Court. Jurisprudence.

FECHA DE ENTREGA: 23/05/2018 FECHA DE ACEPTACIÓN: 30/06/2018

SUMARIO: I. TRATAMIENTO GENERAL DE LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- II. LA INSTITUCIÓN FAMILIAR.- 1. Concepto de familia.- 2. Hogares y nuevas formas de familiares.- 3. De las relaciones en el interior de la familia.- A) Relaciones paterno-filiales.- B) El papel de los mayores.- C) Los hermanos.- III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.- 1. Régimen jurídico.- 2. Crisis matrimoniales.- IV. CONCLUSIONES.

I. TRATAMIENTO GENERAL DE LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A lo largo de sus más de 30 años, muchas son las sentencias tratadas por el TC en el ámbito del Derecho de Familia. El 26 de enero de 1981, nuestro más Alto Tribunal, solemnemente constituido unos meses antes, dictó su primera sentencia en un recurso de amparo en el que, significativamente, el recurrente había alegado una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución. Y que precisamente tiene que ver con la materia que nos ocupa, en concreto, sobre el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias dictadas por Tribunales eclesiásticos en materia matrimonial y respecto de las relaciones paterno-filiales (STC 1/1981)¹.

Conforme al artículo 2.1 LOTC², normalmente los asuntos planteados ante el TC son tutelados mediante los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (artículo 161.1.a) CE). Sin embargo, solo los derechos fundamentales y las libertades públicas (enumerados en la sección primera del capítulo II, artículos 15 al 29), así como el derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia al servicio militar (arts. 14 y 30.2 CE), reciben una protección judicial y constitucional reforzada: cualquier ciudadano puede recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y a través del recurso de amparo ante el TC (artículo 161.1.b) CE)³. Ello explica que la mayoría de las sentencias que han aplicado las normas constitucionales específicas sobre matrimonio y familia hayan sido pronunciadas en procesos de control de leyes.

¹ STC 1/1981, de 26 de enero (RTC 1981, 1).

² Artículo 2. 1. El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53, 2 de la Constitución.

³ Artículo 161. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53. 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. [...]

Sin embargo, las numerosas resoluciones de amparo presentadas ante el TC, han abordado numerosas veces cuestiones relacionadas con la familia y el matrimonio, aunque lo han hecho desde la perspectiva de los derechos susceptibles de amparo constitucional. En particular, revisten especial importancia los principios de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las garantías procesales (art. 24 CE). El derecho a la igualdad se ha hecho eco de las previsiones constitucionales de igualdad entre los cónyuges y entre todos los hijos, con independencia de su filiación (arts. 32 y 39 CE)⁴.

Podemos afirmar que la estructura familiar sobre la que se asienta la mayor parte de las normas del Derecho de Familia ha cambiado radicalmente en las últimas décadas, algo que ya hemos comprobado. Hoy en día, cuando se habla de familia se está incluyendo en ese concepto gran variedad de supuestos: familias nucleares, homoparentales, monoparentales, parejas de hecho, con padres separados o divorciados... El TC no ha quedado al margen de esta realidad.

Muchas son las cuestiones propuestas ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltas por el mismo y que afectan a la familia en ámbitos bien distintos, abordando también conflictos surgidos de estas nuevas formas de familia que hace algunos años hubiera sido impensable que se ventilaran ante el mismo. La línea no siempre homogénea de esa jurisprudencia y la enorme extensión de la misma hacen difícil la aproximación a ella por los juristas, los profesionales del derecho y, más aún, por los ciudadanos en general. Por ello, en los apartados posteriores vamos a hacer un análisis y reflexión de esa amplia doctrina jurisprudencial para plantear una visión global del alcance que, para nuestro más Alto Tribunal tienen los preceptos de la familia en la Constitución.

II. LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

1. Concepto de familia

Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia del TC nos hace ver, en primer lugar, que el concepto de familia es tratado con bastante parquedad, lo que ha dado lugar a múltiples debates. En esto ha podido influir la regulación que de la misma hace la Constitución Española puesto que el artículo 39 de la Constitución, que protege principalmente a la familia, tampoco concreta su definición, como ya hemos visto.

El TC se limita a señalar que no ha dado un concepto constitucional de familia y que tampoco considera que las sentencias en las que ha podido hacerlo, sean el lugar

⁴ PÉREZ VERA, E.: *Familia legítima, hijos naturales, adopción y relaciones de hecho*. Ponencia española en el XII Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Roma, 8 y 9 de octubre de 2010. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA [en línea]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/eu/trilateral/Paginas/detalle-trilateral.aspx?ListItemId=196> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

adecuado. Lo que sí debemos tener en cuenta es que, como reiteradamente ha establecido en numerosas sentencias, el concepto constitucional de familia no se reduce a la familia matrimonial. Así, la trascendental Sentencia 222/1992⁵ (de 11 de diciembre, FJ 5), en la que se declaró inconstitucional el hecho de que la ley de arrendamientos urbanos no reconociera a las parejas de hecho el derecho de las viudas a subrogarse en la vivienda familiar, afirmó: “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar”.

Y en otra sentencia más reciente (STC 198/2012⁶, por la que se reconoce la constitucionalidad de la ley del matrimonio homosexual), el Alto Tribunal, reitera que: “hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen (STC 45/1989⁷, de 20 de febrero, FJ 4). Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto* (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos X, Y y Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36; y Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012, § 50)” (FJ 5).

De este modo queda claro que la matrimonial no es la única familia constitucionalmente posible, aunque la unión matrimonial en sí misma ha de ser siempre considerada como familia.

A) Matrimonio

Aunque hasta finales del s.XX, se concebía el matrimonio como la unión estable entre un hombre y una mujer, la reconocida STC 198/2012 (por la que se reconoce la constitucionalidad de la ley del matrimonio homosexual), señala que el matrimonio, además de un derecho personal, es también una institución y por lo

⁵ STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222).

⁶ STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

⁷ STC 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45).

tanto “sobre ella influyen los cambios sociales, las transformaciones culturales y éticas que tienen lugar en la sociedad y que están originando nuevos modelos de convivencia que reclaman su contemplación por el Derecho y chocan con la concepción clásica del matrimonio, pudiendo originar la alteración o el cambio de sus rasgos clásicos o incluso desembocar en los llamados matrimonios a la carta, es decir que se llame matrimonio a cualquier modelo de convivencia que la autonomía de la voluntad de las partes haya originado”⁸.

Con esta sentencia se viene a romper el principio de heterosexualidad que regía los matrimonios celebrados en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, y que se recogía en el Auto 222/1994, de 11 de julio, en relación a la pensión de viudedad entre una pareja de homosexuales:

“En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”.

La Sentencia 198/2012⁹ define ahora el matrimonio como una comunidad de afecto o una sociedad de ayuda mutua que genera un vínculo entre dos personas, que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente, deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento.

De esos nuevos modelos de convivencia que menciona la sentencia vamos a ocuparnos en los siguientes epígrafes.

2. Hogares y nuevas formas de familiares

Partimos otra vez de la STC 198/2012, de 6 noviembre, sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo, que trata el concepto de familia desde una óptica muy amplia señalando los diferentes modelos de familia que podemos encontrar: “(...) matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio... ni tampoco limita a las relaciones con su descendencia” (STC

⁸ MORENO ANTÓN, M. “Matrimonio y creencias”. En: ALDANONDO SALAVERRÍA, I. Y MORENO BOTELLA, G. (coord.): *Derecho, cine y libertad religiosa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 283.

⁹ STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

19/2012¹⁰, de 15 de febrero, FJ5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992¹¹, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que “refleja una conexión directa con el art. 14 CE” (STC 154/2006¹², de 22 de mayo FJ 8), protege “con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código Civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 in fine, CC).” (STC 19/2012¹³, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada).

Y es que ya venía diciendo (STC 222/1992, ya mencionada) que “Existen otras (modalidades) junto a ella (la familia de origen matrimonial), como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo”.

Vamos pues a identificar estos modelos de familia en las sentencias del Tribunal Constitucional.

A) Familias monoparentales

La familia monoparental es uno de los modelos que más reflejan la evolución de la realidad familiar y teniendo en cuenta que muchas de ellas son consecuencia de divorcios o abandonos, son numerosos los casos que han llegado a los Tribunales.

El TC la define expresamente en su Sentencia 47/2001¹⁴, de 15 de febrero cuando en su Fundamento Jurídico nº 6, al mencionar los supuestos en los que la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas permite la declaración conjunta comprende los supuestos de las familias monoparentales, esto es, “las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio”.

Vamos a referirnos a aquellos casos de familias monoparentales por estar la madre sola y en los que los hijos no conocen a su padre que son los que más problemas han planteado ante nuestro Alto Tribunal.

Del artículo 39.2 CE se deduce un derecho de los hijos a que se declare su filiación biológica y el consiguiente deber de padres y poderes públicos de posibilitar dicha

¹⁰ STC 19/2012, de 15 de febrero (RTC 2012, 19).

¹¹ STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222).

¹² STC 154/2006, de 22 de mayo (RTC 2006, 154).

¹³ STC 19/2012, de 15 de febrero (RTC 2012, 19).

¹⁴ STC 47/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 47).

pretensión cuando establece que “la Ley posibilitará la investigación de la paternidad”. De este modo, la investigación de la paternidad prevalece en las acciones de filiación sobre la eventual intromisión en el derecho a la intimidad y a la integridad física del individuo afectado, siempre que la investigación de la paternidad sea indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos (lo que deberá estar suficientemente motivado), que no suponga para quien tenga que soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud, y que existan indicios serios de la conducta atribuida (SSTC 7/1994¹⁵ y 95/1999¹⁶. Esta última, en la que curiosamente el citado conflicto lo suscita una madre, recoge la doctrina jurisprudencial anterior sobre la materia).

En la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, de gran trascendencia en esta cuestión, el Tribunal otorgó el amparo a una madre soltera que reclamaba la paternidad de su hija, cuya demanda civil había sido desestimada por falta de prueba suficiente, pues las cartas y las fotografías aportadas solo acreditaban la existencia de una relación sentimental, pero eran insuficientes para acreditar la paternidad. Tanto el Juzgado como la Audiencia habían acordado la práctica de pruebas biológicas, con citación personal del demandado y advertencia de las consecuencias legales; pero no pudo ser llevada a cabo porque el varón demandado se había negado a facilitar la toma de muestras. La Sentencia 7/1994 declaró que la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad física y moral, cuando se encuentra debidamente motivada y se acomoda a las precauciones establecidas por la ley para evitar demandas frívolas o injustas: “Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación” (FJ 6).

En esta línea jurisprudencial se afirma, igualmente, que el uso de la negativa a someterse a la prueba biológica puede ser utilizada como indicio probatorio de paternidad, siempre que se cumplan determinadas garantías: la prueba ha debido ser acordada por el órgano judicial, en un proceso que solo puede ser incoado previa presentación de un principio de prueba, mediante resolución motivada y tomando

¹⁵ STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7).

¹⁶ STC 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999, 95).

en consideración la salud del demandado. La sentencia 95/1999 afirma que: “este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 in fine CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE”.

Pero esta admisión del principio biológico de la filiación que se deduce del art. 39, no es un principio absoluto y, por tanto, no impide el que haya casos en los que el menor no pueda acceder a la información sobre quién es su padre biológico. Es por ejemplo el caso de la inseminación con material de donante, en los que el consentimiento del que va a ser declarado legalmente padre impide la determinación de la paternidad biológica, llegándose incluso más allá al establecer el artículo 5 de la Ley 14/2006, que la donación será anónima, sin que pueda el nacido pedir la identificación de su padre genético, salvo en los casos previstos directamente por el propio artículo. Este precepto, que generó mucha polémica cuando se aprobó, fue declarado conforme a la Constitución en la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999¹⁷, de 17 de junio, en la que el Tribunal Constitucional consideró que los hijos podían tener acceso a una determinada información¹⁸: “La Constitución ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”.

Por lo tanto, podemos resumir la doctrina del Tribunal en este campo en tres puntos centrales: la práctica de la prueba biológica acordada por el órgano judicial con las debidas garantías no vulnera derechos fundamentales de la persona sometida a dichas pruebas; la negativa a someterse a la prueba puede constituir un indicio de la paternidad, aunque no es prueba suficiente por sí misma, sino formando parte de un conjunto probatorio; y por último, en los casos de inseminación artificial, la donación será anónima impidiéndose la investigación de la paternidad salvo casos excepcionales tipificados.

B) Familias ensambladas/reconstituidas

Nuestro TC no ha hecho ningún pronunciamiento al respecto, a diferencia del TC de Perú, que tutela la familia ensamblada en su sentencia del 30 de noviembre de 2007¹⁹. Esto puede ser debido a que tampoco hay ninguna regulación sobre las

¹⁷ STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116).

¹⁸ Cfr. ROCA TRÍAS, E.: “Familia y constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pp. 207-228. Disponible en: http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf [Última consulta: 3 de abril de 2017].

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente núm. 09332-2006-PA/TC, Lima, Reynaldo

mismas en nuestro ordenamiento, algo que ya reclamaba la actual vicepresidenta, portavoz y consejera de Igualdad y Política Inclusiva de la Generalidad Valenciana, Mónica Oltra, en el 2006²⁰, refiriéndose expresamente a las familias reconstituidas que tienen su origen en el divorcio de los padres, señalando que son el futuro, pero, por supuesto, también englobarían aquellas por causa de viudedad.

C) Familia homoparental

Como hemos señalado repetidamente, hoy en día el matrimonio es una figura en proceso de cambio y evolución, que, a su vez, refleja los cambios y transformaciones que se producen en la sociedad, como se desprende de la mencionada sentencia del TC 198/2012 sobre matrimonio homosexual.

Allí, la imagen actual del matrimonio en España ha sido descrita por este como “comunidad de afecto que genera una sociedad de mutua ayuda entre dos personas que gozan de la misma posición dentro de la institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento y manifestándolo expresamente mediante las formalidades previstas por el Ordenamiento”. Son pues notas esenciales de la institución matrimonial la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con persona libremente elegida y la manifestación de la voluntad.

Por lo tanto, en esta sentencia, el Tribunal establece que “el reconocimiento del derecho al matrimonio a cada individuo, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad de contraerlo con personas de su mismo o diferente sexo, no afectando al contenido esencial del derecho, pues ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse, por lo que no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares de dicho derecho” (FJ 11). Con la reforma legal, las personas homosexuales gozan del derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo, y hace que, en el contexto sociojurídico actual, la institución matrimonial se mantenga en términos perfectamente reconocibles para la imagen que tiene la sociedad española actual del matrimonio (FJ 9).

D) Parejas de hecho

Una de las cuestiones más relevantes en la jurisprudencia constitucional sobre el art. 32 CE ha sido la de la entidad propia del matrimonio frente a las meras uniones de hecho. La doctrina esencial a este respecto puede resumirse en la idea de que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino

Armando Shols Pérez. Cfr. VEGA MERA, Y.” El nuevo rostro de la familia: Cuadros de una exposición”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 28, Universidad de Extremadura, 2010, pp. 535-555.

²⁰ “Es necesario introducir en el ordenamiento jurídico una regulación que contemple la realidad de las familias reconstituidas”. OLTRA JARQUE, M.: *Retos jurídicos de la Diversidad Familiar*. Conferencia en Jornadas internacionales de familias LGTB. “Diversidad Familiar en Europa”. Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006, p. 22.

realidades jurídicamente distintas” (STC 155/1998²¹, de 13 de julio, FJ 3).

Tanto la familia basada en el matrimonio, como la que se constituye mediante la unión de hecho están protegidas constitucionalmente, pero esto no significa que el complejo jurídico que se deriva del matrimonio sea directamente aplicable a la unión de hecho. Es más, según el Alto Tribunal, es constitucional establecer diferencias de tratamiento entre las parejas casadas y las no casadas en virtud de esa misma falta de equivalencia, y así, el Tribunal Constitucional ha reiterado que no es inconstitucional exigir el vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de viudedad.

El primer caso planteado ante el Tribunal Constitucional sobre las uniones de hecho fue resuelto por la Sentencia 177/1985²². Sin embargo, cuando entra por primera vez a analizar el fondo del problema de las uniones de hecho es en la STC 184/1990²³, de 15 de noviembre, (sentencia clave en este sentido) donde pronuncia una doctrina que resultaría consolidada (se dictaron seis sentencias conformes en los dos años siguientes), al declarar que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son en realidad equivalentes”, reproduciendo la expresión ya utilizada en el Auto 156/1987 y en otros posteriores.

Concretamente, la STC 184/1990, en su fundamento jurídico tercero nos dice, textualmente: “Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia. (...) En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento” (FJ 3).

Parece que con esta sentencia queda claro por tanto que son dos los principios básicos que en relación a las parejas de hecho deja sentados el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia:

- Por un lado, que tanto la familia basada en el matrimonio como la que se

²¹ STC 155/1998, de 13 de julio (RTC 1998, 155).

²² STC 177/1985, de 18 de diciembre (RTC 1985, 177).

²³ STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184).

constituye mediante la unión de hecho están protegidas constitucionalmente, como quedó sentado en la STC 47/1993²⁴, de 8 de Febrero, o en la ya mencionada STC 222/1992, en la que en su fundamento jurídico 5º nos dice el Tribunal, textualmente “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, (...). Existen otras junto a ella (la familia de base matrimonial), como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1 (...)”.

- Por otro lado, deja claro el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, que matrimonio y convivencia extramatrimonial o *more uxorio* son situaciones distintas, y no equiparables, ya que mientras que el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución española, y el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucionalmente protegido, la pareja de hecho no es una institución garantizada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento (STC 184/1990 (fundamento jurídico 3º), SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas ellas de 1991, así como en la STC 29/1992).

En la STC 66/1994²⁵, de 28 de febrero, volvió sobre el tema añadiendo que no es inconstitucional el trato favorable al matrimonio frente a las meras uniones de hecho. En ella se resolvía el recurso de amparo presentado por una señora que había vivido en pareja durante cincuenta y cinco años y a quien, a la muerte de su compañero, los tribunales le habían denegado la pensión de viudedad. Ambos convivientes de hecho, eran solteros, habían tenido hijos a los que les habían dado sus apellidos, y no se habían casado debido al rechazo que la institución matrimonial había provocado siempre al fallecido en virtud de sus convicciones anarquistas. El Alto Tribunal le denegó el amparo reiterando su tradicional doctrina según la cual “una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el art. 160 LGSS hay que concluir que no son inconstitucionales aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir ‘more uxorio’” (STC 184/1990, FJ 2º). Por ello concluyó que “no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial”.

En el mismo sentido, la más reciente sentencia 93/2014²⁶, de 12 de junio de 2014 que en su Fundamento Jurídico 3 señala que “La exigencia del vínculo matrimonial

²⁴ STC 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47).

²⁵ STC 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 66).

²⁶ STC 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93).

como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (STC 184/1990, 92/2014; ATC 222/1994)". Y es que cuando el legislador perfiló la pensión de viudedad en la LGSS de 1994, no estaba concebida "como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio".

Esta argumentación deja bien claro que la pensión de viudedad, de algún modo, "viene a integrarse en la propia relación jurídico-matrimonial, formando parte de su contenido"²⁷. Pero a pesar de la claridad de esta formulación en la jurisprudencia constitucional, desde el establecimiento del TC, se siguen sucediendo cuestiones de inconstitucionalidad en las que insistentemente se planteaba la equiparación jurídica entre matrimonios y parejas de hecho, en especial a propósito de las pensiones de viudedad.

En una sentencia más reciente, STC 92/2014²⁸, de 10 de junio, el TC ha tratado además ese mismo tema en el caso de que la unión de hecho sea homosexual y ha dictaminado lo mismo. Así señala que "Al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional, art. 32.1 CE, que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990; ATC 222/1994)" (FJ 6).

Señalando además, en sentencia posterior sobre el mismo tema (Sentencia 93/2014, de 12 de junio de 2014²⁹, ya mencionada) que "ha de ser el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público– el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance (FJ 3)".

Para cerrar este apartado, queremos señalar que el Derecho ha previsto una institución, el matrimonio, con determinados efectos jurídicos en términos de derechos y deberes para los contrayentes, de los que resultarán afectados también terceras personas. No es congruente que el mismo ordenamiento reconozca idénticos efectos, normalmente invocados para obtener solo los aspectos favorables, a quienes no han querido utilizar el medio previsto para este fin por las normas jurídicas, es decir, a quienes han actuado al margen de la ley. Y así parece que lo

²⁷ CARRIÓN OLMOS, S.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2014, de 12 de junio de 2014 (Prestación de viudedad y matrimonio entre personas del mismo sexo)", en: MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. y ESCRIBANO TORTAJADA, P. (coord.): *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 96.

²⁸ STC 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92).

²⁹ Esta vez se instaba recurso de amparo.

entienda actualmente el Tribunal Constitucional.

E) Familias numerosas

Aunque las familias numerosas no son algo habitual en la sociedad actual, en la que ha descendido enormemente el número de nacimientos, como señalan numerosos informes, el TC sí se ha tenido que pronunciar al respecto recientemente.

Una sentencia de especial trascendencia constitucional precisamente por la ausencia de doctrina constitucional en materia de derecho a un trato igual y no discriminatorio respecto de las familias numerosas, es la STC 77/2015³⁰, de 27 de abril, que analiza el caso de una familia a la que se le denegó la devolución de ingresos indebidos en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales autorizada en la Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas porque los recurrentes, aun cuando tenían la condición de familia numerosa, carecían de su título acreditativo en el momento de adquirir el inmueble en el que habitaban. Esta Sentencia afirma que “dado que el beneficio fiscal se vincula a la condición de familia numerosa, no puede negarse la devolución del impuesto por la simple ausencia del requisito del título de familia numerosa, el cual no debería tener eficacia constitutiva”.

Por otra parte, también se hace referencia a ellas en la reciente STC 271/2015³¹, de 17 de diciembre, donde se enjuicia la constitucionalidad de un precepto de la Ley 6/2009, de 30 de junio, de las Cortes Valencianas, de protección a la maternidad³², que establece, para los procesos de admisión de alumnos de centros docentes no universitarios mantenidos con fondos públicos, que los alumnos cuya madre se encuentre en estado de gestación, obtendrán la puntuación que les correspondería si ya hubiera nacido su nuevo hermano. Señala que “El precepto cuestionado no introduce una regla general y abstracta sobre el modo de contar los miembros que componen una familia, que venga a modificar los requisitos para tener la condición de familia numerosa; requisitos que siguen siendo los establecidos por la Ley estatal 40/2003” (FJ 6). Por lo tanto, el Alto Tribunal reconoce al no nacido como un miembro más de la familia en los procedimientos administrativos sobre beneficios sociales. De esta manera, “habrá casos de familias con la madre en gestación cuya puntuación no sea alterada en absoluto, al no cumplirse por esa circunstancia ninguna variación en la concurrencia o no de los supuestos a valorar (reducida capacidad económica, familia numerosa general o especial y discapacidad), y habrá supuestos en los que el embarazo de la madre pudiera llevar a obtener una mayor puntuación hasta por tres conceptos distintos”.

“El beneficio adicional pretende atender a una circunstancia objetiva (el embarazo de la madre), en la medida en que comporta una expectativa cierta de aumento del número de miembros de la unidad familiar, y con ello la previsible afectación de

³⁰ STC 77/2015, de 27 de abril (RTC 2015, 77).

³¹ STC 271/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015, 271).

³² Recientemente derogada por la Ley 6/2017, de 24 de marzo, de la Generalitat Valenciana. Publicado en DOCV núm. 8010 de 29 de marzo de 2017.

algunos de los criterios de valoración en los que repercutirá el futuro nacimiento. El legislador valenciano no contradice así los criterios estatales, sino que modula la valoración que les corresponde en algunos de esos criterios (renta familiar, condición de familia numerosa o discapacidad de algún miembro), cuando se dan ciertas circunstancias (que al computar al concebido como ya nacido se pase a estar por debajo de un umbral de renta familiar, que la unidad familiar alcance un número de miembros suficiente para ser considerada numerosa o pase a serlo de categoría especial, o que el concebido venga con malformaciones determinantes de discapacidad)”.

F) Familias sin hijos

Como ya hemos mencionado, la doctrina del TC las contempla también expresamente como familia en la STC 198/2012³³ puesto que, “son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales” como ya señalaba en su Sentencia 222/1992 “En el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la aceptación normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia (FJ 4)”³⁴.

3. De las relaciones en el interior de la familia

A) Relaciones paterno-filiales

- Filiación

En relación a la filiación, la doctrina constitucional se construye en base al art. 39.2 CE que establece que los poderes públicos tienen el deber de proteger a los hijos y asegurar que todos sean iguales con independencia de su filiación (STC 80/1982³⁵), como se deduce a su vez de la expresa prohibición de discriminación por razón de nacimiento recogida en el art. 14 CE.

De otro lado, si antes hemos comentado el derecho que tienen los hijos a que se declare su filiación biológica, prevaleciendo la investigación de la paternidad en las acciones de filiación, trataremos ahora la otra cara de la moneda: el derecho del progenitor no matrimonial al ejercicio de la acción de la filiación en casos de

³³ STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

³⁴ En el mismo sentido STC 116/1999, de 17 de junio.

³⁵ STC 80/1982, de 20 de diciembre (RTC 1982, 80).

inexistencia de posesión de estado, tal como falla la STC 273/2005³⁶, de 27 de octubre: “El legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art.24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas (...). En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción”. (Ver asimismo la STC 52/2006, de 16 de febrero).

- Adopción

La doctrina del TC en este sentido se basa, como señala la Sentencia 200/2001³⁷, con cita a otras múltiples sentencias, en que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, establecida por el artículo 14 de la Constitución, debe ser aplicada en conjunción con el artículo 39.2, “que obliga a los poderes públicos a asegurar ‘la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación’ (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)” (FJ 4).

En concreto, respecto a la filiación adoptiva, el Tribunal se ha pronunciado en ese sentido en numerosas sentencias. Así la Sentencia 9/2010³⁸, de 27 de abril otorgó el amparo por discriminación contraria a la igualdad en materia de filiación. La cuestión esta vez versaba sobre derechos hereditarios: las demandantes de amparo eran hijas adoptivas de un hijo del causante; pero el abuelo, en su testamento, había limitado la herencia a los descendientes “legítimos”, lo que dio lugar a su exclusión. La Sentencia otorgó el amparo por discriminación contraria a la igualdad en materia

³⁶ STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273).

³⁷ STC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 200).

³⁸ STC 9/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 9).

de filiación.

En definitiva, en la legislación actual todas las formas de filiación –sea por naturaleza (matrimonial y no matrimonial), sea por adopción– surten los mismos efectos.

En relación a la controvertida posibilidad de las adopciones por parte de los matrimonios homosexuales, el TC en la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo señala que el interés del menor adoptado por un matrimonio ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE, tutelándose en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge (FJ 12).

Es de señalar también que, la doctrina de nuestro TC en torno a los procedimientos de declaración de desamparo, asunción de tutela, constitución de acogimiento y procedimiento de adopción se construye, como regla general, en clave de indefensión, sobre la lógica de que, estando en juego intereses de la mayor trascendencia, han de extremarse las garantías procesales respecto de todos los intervinientes: de los progenitores biológicos y de los propios menores, sin duda, y también de otras personas afectadas.

En este sentido, el TC intenta mantener un distanciamiento como muestra el Auto 28/2001, de 1 de febrero al hilo de inadmitir el amparo solicitado por una Administración pública que había asumido la guardia y custodia de unos menores desatendidos o en situación de riesgo. En este caso, Tribunal reafirma su falta de competencia para intervenir en la “interpretación y ponderación de intereses” enfrentados entre los padres biológicos, las familias de acogida y la propia Administración pública y sus servicios sociales. Se trata de una ponderación de intereses “que este Tribunal difícilmente podrá revisar, no solo por su lejanía y falta de inmediatez respecto de las circunstancias del caso, que le vienen dadas como hechos que no puede revisar, sino también por no ser su función la propia de una tercera instancia llamada a revisar lo decidido por los órganos judiciales ordinarios”. La denegación de un acogimiento familiar preadoptivo resulta ajena a la Constitución, siempre que se decida mediante resoluciones judiciales motivadas y fundadas, que tengan en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que aun siendo de menor rango no resulta desdeñable (véanse las SSTC 71/2004³⁹, de 19 de abril, y 176/2008⁴⁰, de 22 de diciembre).

En relación con la prohibición de indefensión en el proceso del progenitor biológico, es de gran importancia la Sentencia 143/1990⁴¹, de 26 de septiembre, que

³⁹ STC 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71).

⁴⁰ STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

⁴¹ STC 143/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 143).

otorga el amparo a la madre biológica del menor acogido, y finalmente adoptado, por otra familia. En el procedimiento de adopción la madre biológica fue citada por edictos, a pesar de que el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad su domicilio, pues constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores en el precedente expediente de protección del menor de edad. La Sentencia se limitó a aplicar la doctrina general relativa a las comunicaciones edictales a los procesos judiciales, no sin dejar de subrayar que en los procedimientos judiciales de adopción, en los que están en juego “intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos” (FJ único).

En esa misma línea, la Sentencia 58/2008⁴², de 28 de abril, otorga amparo a otra madre biológica que no pudo intervenir en el proceso de adopción en los términos previstos por la ley. En este caso, el órgano judicial no tuvo a la madre biológica por personada y parte en el procedimiento, prescindió del asentimiento de la madre sin establecer la razón, a pesar de que la madre se opuso expresamente a la adopción, y rechazó la conversión del proceso de jurisdicción voluntaria en contencioso, como prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 781. Por el contrario, si el progenitor biológico no ha sufrido indefensión material en el procedimiento, como es el caso de la STC 298/1993⁴³, se deniega el amparo.

También debemos hacer referencia al hecho de que el TC intenta asimismo asegurar la intervención en el proceso de otros interesados. La Sentencia 124/2002⁴⁴, de 20 de mayo, otorgó amparo a los acogedores preadoptivos de dos menores, reconociendo su derecho a personarse en el procedimiento cuando no se les había permitido que actuaran como parte en el proceso iniciado por la madre biológica contra la Administración pública, oponiéndose a la declaración de desamparo de sus hijos y a la constitución de un acogimiento familiar por parte de la Junta de Andalucía.

B) El papel de los mayores

Al Tribunal Constitucional han llegado dos casos sobre el régimen de visitas de los abuelos con motivo del aumento de casos de crisis familiar, que hacen necesaria esta regulación. Así tenemos el Auto 83/2014, de 24 de marzo y la Sentencia 138/2014, de 8 de septiembre. En ambos casos se atiende a la ponderación del principio del interés superior del menor al conceder o no el derecho de comunicación y visita a los abuelos. “La determinación de la extensión del régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos es una cuestión de legalidad cuya concreción corresponde a los Tribunales ordinarios, ponderando el interés superior

⁴² STC 58/2008, de 28 de abril (RTC 2008, 58).

⁴³ STC 298/1993 de 18 de octubre (RTC 1993, 298).

⁴⁴ STC 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124).

del menor y valorando las circunstancias concretas del caso, por lo que nuestro canon de enjuiciamiento debe discurrir en la perspectiva del derecho constitucional a obtener una resolución fundada” (FJ 4 STC 138/2014).

C) Los hermanos

Aparte del caso de los abuelos tratado anteriormente y que se está empezando a regular en los últimos años, de manera muy reciente, la jurisprudencia constitucional se ha referido siempre a la familia nuclear: los padres y los hijos (principalmente los menores y los no-independientes). Los conflictos en los que han sido protagonistas los miembros de la familia en sentido amplio, tales como hermanos o sobrinos, no han sido nunca examinados desde la perspectiva del principio constitucional de protección de la familia. Si este precepto constitucional, artículo 39 CE, resulta o no aplicable a situaciones en que se ven involucrados familiares de segundo o ulterior grado, es una cuestión abierta.

III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

1. Régimen jurídico

La entrada en vigor de la Constitución dio lugar a que el matrimonio canónico dejara de ser la forma ordinaria de matrimonio y el matrimonio civil, una mera institución subsidiaria. Como afirmó la Sentencia 180/2001⁴⁵, de 17 de septiembre (FJ 5):

“hasta la promulgación de la Constitución española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido a la demandante y al señor Lechuga una declaración expresa de no profesar tal religión, lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE. Así lo entendió también la Dirección General de Registros y del Notariado que el día 26 de diciembre de 1978 dictó una Instrucción (publicada en el BOE del día 30, un día después de la entrada en vigor de la Constitución) por la que, atendida la eficacia directa del art. 16 CE, que proclama que nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión, ordenaba a los encargados del Registro Civil que autorizasen los matrimonios civiles de todas las personas que desearan contraerlo ‘sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes’”.

La consecuencia de esta constatación fue declarar el derecho de la demandante de amparo a percibir una pensión de viudedad tras la muerte de su compañero, pues la falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil impidió efectivamente a los

⁴⁵ STC 180/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 180).

convivientes *more uxorio* que contrajesen el matrimonio que constituye el requisito de la prestación pública. No podía admitirse que la falta de libertad religiosa que sufrió la demandante prolongara sus efectos en la actualidad.

Por consiguiente, la Constitución impone al legislador que establezca el matrimonio civil como regla general, como así lo hizo en la Ley de 1981, aunque no tiene vedada la posibilidad de admitir otras formas de celebrar el matrimonio (matrimonio canónico, islámico, evangélico, israelita). Eso sí, no está obligado a hacerlo. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2007⁴⁶, de 16 de abril: el legislador puede válidamente limitar la concesión de pensiones de viudedad a quienes se encontraban casados legalmente; y “la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio”, por lo que no puede sostenerse la existencia de una discriminación.

“Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE” (FJ 4).

Si bien es cierto que esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que este condenó a España a pagar una indemnización a la recurrente con el fin de reparar los perjuicios causados por el Estado español al denegarle la pensión⁴⁷, los motivos no fueron la consideración del matrimonio gitano como legal ya que, coincidiendo con el TC, el TEDH considera que “el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal” —ap. 81—. La cuestión por la que condena a España es que mientras el TC equipara el matrimonio de la señora Muñoz con una pareja de hecho, tal y como hasta ahora venían haciendo los tribunales internos, el TEDH lo considera como “algo más” que una simple unión *more uxorio*. En concreto, equipara este matrimonio gitano, el de la señora Muñoz, con los matrimonios nulos que de buena fe se consideran existentes y, por eso, no

⁴⁶ STC 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007, 69).

⁴⁷ STEDH, caso Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009.

estima suficiente que se le dispense el mismo trato que a una pareja de hecho⁴⁸. Por tanto, esta resolución del Tribunal de Estrasburgo no puede leerse como un reconocimiento jurídico civil a las uniones celebradas por el rito de la comunidad gitana, asunto que se remite a la legislación interna de cada país⁴⁹.

2. Crisis matrimoniales

Una de las primeras causas de divorcio tratadas por el TC fue la resuelta en la Sentencia 120/1984⁵⁰, de 10 de diciembre, por una presunta violación del principio de congruencia por parte de la Sentencia pronunciada en proceso matrimonial al estimar las consecuencias económicas del divorcio. En sus antecedentes jurídicos podemos comprobar que en este caso primero se solicitó demanda de separación conyugal ante el Tribunal Eclesiástico, en 1980, y ya posteriormente, cuando ya había entrado en vigor la Ley del divorcio de 1981, se solicitó demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia (1981). En ella se hace referencia las características especiales del proceso matrimonial: “Caracteriza a todo proceso matrimonial el que se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la Sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y derogatorio del proceso civil español”.

Por otra parte, han sido los graves problemas que suscita la atribución de los derechos de guarda y custodia de los hijos comunes entre los padres, en los procesos de separación o divorcio, lo que ha dado lugar a la mayoría de pronunciamientos en este ámbito.

La Sentencia 144/2003⁵¹, de 14 de julio, amparó al padre de una niña de dos años de edad, porque su guarda y custodia había sido atribuida a la madre en aplicación mecánica de la preferencia que establecía el Código civil a favor de las madres en el caso de menores de siete años (antiguo art. 159 CC, derogado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo).

Por el contrario, ya vimos que la sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, sobre la restricción del derecho de visitas a un padre transexual, denegaba el amparo al mismo. La Sentencia señalaba que las Sentencias impugnadas no habían dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones

⁴⁸ Cfr. BERENGUER ALBALADEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el «matrimonio gitano»”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 109-162.

⁴⁹ GIMÉNEZ, S. Y REY, F.: “La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento y Cultura Gitanos. Revista Bimestral de la Fundación Secretariado Gitano (FSG)*, núm. 51-52, 2009.

⁵⁰ STC 120/1984, de 10 de diciembre (RTC 1984, 120).

⁵¹ STC 144/2003, de 14 de julio (RTC 2003, 144).

paterno-filiales, proscrito por el art. 14 CE, ya que la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas se adoptó por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés prevalente del menor, sin que esta decisión se haya visto influida por el dato de la transexualidad del padre (FJ 8).

Por lo tanto, no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paterno-filiales de este como la aquí considerada. Lo determinante será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las sentencias impugnadas en amparo como “riesgo relevante”, lo que permite descartar que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél⁵².

En sentido contrario tenemos el caso resuelto en la STC 141/2000⁵³, de 29 de mayo, también relativo al derecho de visita, pero los motivos que produjeron el amparo fueron algo diferentes. En este caso, la restricción de los derechos de visita del padre, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, estaba justificada únicamente por su pertenencia a un movimiento espiritual. El Tribunal Constitucional distinguió aquí entre el derecho a la libertad religiosa de los padres y el de los menores, a quienes reconoció como titulares de este derecho, de acuerdo con el artículo 16 CE, resumiendo la doctrina de la siguiente forma:

“Frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad.”

Pero dicho esto, el Tribunal Constitucional entra a valorar las circunstancias del caso, en el que no se había probado que la pertenencia del padre a un movimiento espiritual produjese riesgo alguno para los menores, por lo que la falta de dichos datos debía llevar a concluir que la restricción de las visitas era desproporcionada y que se había lesionado la libertad religiosa del padre.

“Estas decisiones llevan a una conclusión altamente interesante: no se trata ya de la protección de los derechos fundamentales de los menores, sino que las relaciones paterno-filiales tienen dos caras, porque todos los sujetos de las mismas son titulares

⁵² Cfr. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Transexualidad y restricción del régimen de visitas”, RCDI núm. 713. Disponible en: <http://www.unav.edu> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁵³ STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141).

de los derechos fundamentales, que no pueden ser violados por la situación familiar en que deban ser ejercidos”⁵⁴.

De todas formas, en general, sí es cierto que “en materia de relaciones paternofiliales el criterio que debe presidir la decisión judicial debe ser el del interés prevalente del menor” (sentencia 176/2008⁵⁵, de 22 de diciembre) que se intenta proteger, como lo vuelve a corroborar en la reciente Sentencia 16/2016, de 1 de febrero en un expediente de sustracción internacional de menores, donde señala que “la integración del menor constituye un elemento de ponderación imprescindible... por lo que su valoración es esencial.”

“Asimismo, cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que “con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ 3 entre otras)” (STC 127/2013⁵⁶, de 3 de junio, FJ 6).

De esta suerte, “el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal)” (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6”).

En este caso, el procedimiento se había dilatado en el tiempo casi 20 meses por lo que la integración actual del menor en el nuevo medio resultaba notoria y por lo

⁵⁴ Cfr. ROCA TRÍAS, E.: “Familia, familias y Derecho”, *Anuario de Derecho civil*, 1990, p. 1073; O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de la persona y de la familia*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2016.

⁵⁵ STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

⁵⁶ STC 127/2013, de 3 de junio (RTC 2013, 127).

tanto este interés superior hace que finalmente el TC estime el amparo solicitado por la madre.

Un tema de gran actualidad es el de la custodia compartida ya que no hay una normativa estatal lo que es exigido por muchos abogados de familia que entienden que debería ser una práctica normal y no algo excepcional como se regula ahora en el art. 92.6 del Código Civil⁵⁷. El TC se pronunció al respecto en su STC 185/2012⁵⁸, de 17 de octubre en la que declara la nulidad parcial del precepto legal que, en los procesos de separación y divorcio en los que no medie acuerdo entre los padres, supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. “No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible, lo que supondría también ver comprometido gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva (Artículo 24 CE)”⁵⁹. Así, en esta Sentencia se señala que, “[l]a custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores, pero de no existir dicho acuerdo, la emisión de un informe desfavorable a la custodia compartida por parte del Ministerio público, no puede impedir una decisión diversa del Juez valorando sopesadamente el resto de la prueba practicada, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial (FJ 5)”.

Otro de los grandes temas que llegan al TC en los casos de crisis matrimoniales es el relativo a la audiencia del menor en un proceso, que ha generado un gran debate y una amplia bibliografía siempre puesta en relación con los múltiples acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños.

Como establece en su STC 163/2009⁶⁰, el Tribunal Constitucional considera que no existe una obligación de los Jueces de Familia en España para escuchar en un juicio a los niños menores de edad para fijar algunas de las condiciones del divorcio de sus padres, y, por tanto, no se produce una lesión de derechos fundamentales de los hijos recogidos en la Carta Magna.

Esta resolución judicial del TC aclara un debate que se ha venido suscitando en los tribunales españoles después de que en el año 2005 se produjera una reforma del

⁵⁷ Conclusiones XXIV Encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) *Una mirada realista*, celebrado los días 3 y 4 de marzo de 2017 en Madrid. Cfr. <https://confilegal.com> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁵⁸ STC 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).

⁵⁹ MORALES, M.: “Concesión de la custodia compartida sin el informe favorable del Ministerio Fiscal”, en <https://revistadigital.inesem.es/juridico/concesion-de-la-custodia-compartida-sin-el-informe-favorable-del-ministerio-fiscal/> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁶⁰ STC 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 163).

Código Civil⁶¹, mediante la Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, que dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

Esta disposición se complementa con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho “por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio” y que “cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

Con anterioridad a esta reforma, el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos se entendía que era obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que fuera solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resultaba de la aplicación sistematizada e integrada del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los artículos 92.6 y 159 del Código civil. Y así lo recogían las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 2 de junio, y 17/2006, de 30 de enero, que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En este sentido, el Fundamento Jurídico 5 de la STC 221/2002⁶², de 25 de noviembre, declara que “al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de

⁶¹ Vid. “El Tribunal Constitucional rechaza la obligación de escuchar a los menores en los juicios de divorcio” [en línea]. *Lex Family*. s/f. Disponible en: <http://www.lexfamily.eu> [Última consulta: 3 de abril de 2017].

⁶² STC 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221).

noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE”. Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005⁶³, de 2 de junio, FJ 3, y 17/2006⁶⁴, de 30 de enero, FJ 5, que se refiere asimismo al art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

En esta última sentencia, el Alto Tribunal del Estado rechaza el recurso de amparo presentado en el 2008 por una madre vallisoletana, contra un fallo dictado por la Audiencia de Valladolid en donde la ex esposa reclamaba la necesidad de que se oyera por la juez a su hijo para conocer si este deseaba mantener contactos con el padre al que no veía desde hacía tiempo. Con carácter previo, el Juzgado de Primera Instancia había ordenado al equipo psicosocial que hiciera un informe sobre las relaciones familiares, en donde se recomendaba las visitas padre-hijo. El TC recuerda en esta sentencia que la audiencia del menor “no se concibe con carácter esencial”, ya que se puede conocer el parecer de este a través de determinadas personas especialistas, “y solo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal”. De ahí que no corresponda en el asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda de que el transcurso del tiempo constituye un auténtico banco de pruebas para comprobar la consolidación de un sistema jurídico, y por ello, tras este análisis de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal podemos comprobar que, aunque no hay una doctrina clara, actualmente nos encontramos frente a una nueva concepción de lo que deba considerarse como familia. El paso del matrimonio canónico, como sistema previo absolutamente dominante, a la admisión del matrimonio homosexual como meta más reciente denotan, sin lugar a dudas, una profunda transformación en la sociedad española⁶⁵ y producen una nueva imagen del concepto tradicional de familia, aunque sigue sin darse una definición de la misma.

Lo que sí debemos tener en cuenta es que, aunque la jurisprudencia constitucional se había referido siempre a la familia nuclear: los padres y los hijos (principalmente los menores y los no-independientes), últimamente se ha empezado a ampliar también a conflictos en los que han sido protagonistas también los abuelos, de resultas del aumento de casos de crisis familiar.

⁶³ STC 152/2005, de 2 de junio (RTC 2005, 152).

⁶⁴ STC 17/2006, de 30 de enero (RTC 2006, 17).

⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, núm. 3, 2006, pp. 93-112.

Tras la mencionada sentencia 198/2012 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que sí encontramos es un concepto de matrimonio ya que en su Fundamento Jurídico nº 9 lo define como “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”.

Aunque esta esperada sentencia (el TC tardó 7 años en pronunciarse) ha sido muy polémica y fue aprobada solo por siete magistrados ya que se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes, es el concepto vigente actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos decir por tanto que no existe ningún concepto jurídico de familia en el ordenamiento constitucional español. De ello se deriva que la política legislativa del Estado en el ámbito familiar deba ser capaz de detectar las necesidades de los diferentes grupos para ofrecerles la protección derivada del art. 39 CE.

Y es que se están produciendo muchos cambios y, fundamentalmente a una gran velocidad, lo que deviene en una legislación que se está quedando obsoleta muy rápidamente debiendo el Derecho actuar en consecuencia.

Como señala la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, los actuales principios del Derecho de familia están basados en el desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, en la igualdad de los cónyuges y en la existencia de nuevos modelos de familia⁶⁶. Se asiste en los tiempos actuales a un tránsito de la familia “institución” a la familia como “comunidad” de personas en la que “lo que cuenta en primer lugar son los derechos de las personas que constituyen el núcleo familiar”⁶⁷.

De este modo, respecto a la protección que dispensa a la familia el TC, realmente lo que vemos en estas sentencias es más bien la protección jurídica que se concede a los integrantes de la familia en función de sus lazos familiares. Pero no hay una protección a la familia propiamente dicha (porque el art. 39 CE no es un derecho fundamental), sino a los derechos fundamentales de cada uno de los miembros que componen ese grupo familiar. Entre otras cosas, porque la familia no tiene personalidad jurídica⁶⁸. “Todo ello significa que en el caso que exista un conflicto entre el derecho del individuo y el interés familiar, deberá tener preferencia en la solución el derecho del individuo porque se trata de un derecho fundamental;

⁶⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *Revista de Derecho de familia*, núm. 47, 2010, p. 32.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁸ Hasta el Libro de Familia ha desaparecido en la nueva organización del Registro Civil prevista por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Publicado en: BOE núm. 175, de 22/07/2011. En su lugar, hay un certificado registral individual en el que se inscriben todos los hechos que afectan a cada persona desde el punto de vista civil.

mientras que en el caso que el conflicto se plantee en cuestiones que no tengan nada que ver con los derechos fundamentales, la preferencia en la decisión se dará a la familia porque esta es un instrumento para el desarrollo de los individuos”⁶⁹.

La familia como tal, por tanto, no es objeto de protección jurídica ni tiene un régimen jurídico propio. Los lazos familiares se protegen en la medida en que son relevantes para la protección de los derechos individuales. Esto puede deberse a que la Constitución es rica en derechos personalísimos que se sustentan en la dignidad de la persona, art.10.1 CE⁷⁰. En este sentido, la doctrina constitucional parece seguir la tendencia del Derecho de familia a configurarse como un "Derecho a la carta", esto es, tiende al establecimiento de distintos tipos de relaciones en cuyo contenido y consecuencias sería cada vez más determinante la elección individual antes que los valores tradicionales de la familia y la dirección parece apuntar a la protección de los lazos de hecho y el afecto, con independencia de las exigencias jurídicas⁷¹.

Pese a esta previsible tendencia, debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional está siendo bastante conservador y, salvo en la sentencia sobre el matrimonio homosexual, evita pronunciarse sobre aspectos peliagudos concernientes a la familia. Es más, aunque vemos que sí que llegan a nuestro Alto Tribunal numerosos recursos de inconstitucionalidad en relación a leyes que están regulando las nuevas realidades familiares⁷², el TC normalmente lo que hace es referirse al defecto formal de las mismas (ámbito competencial) sin entrar en las cuestiones de fondo. Tal vez ello se deba a que todo lo que gira en torno al concepto de familia, por afectar a lo más íntimo de la persona y al ámbito de lo más personal, se caracteriza por tener una carga ideológica que suele terminar por condicionar el debate.

Tras ver cómo se refleja la realidad y los problemas que más se suscitan ante el TC, es posible afirmar la necesidad de un Tribunal que se muestre como una unidad frente a los ciudadanos y que base sus decisiones en fundamentos sólidos que deriven de valores universales. Esto es importante puesto que ya hemos visto la fuerza que tienen las decisiones adoptadas por el supremo órgano intérprete de nuestra Constitución.

Sin embargo, a pesar de todos los cambios contrastados en la familia, queremos concluir con las palabras positivas de la Magistrada del Tribunal Constitucional,

⁶⁹ ROCA TRÍAS, E.: “Familia”, cit., p. 211.

⁷⁰ Cfr. MORA, J. E.: “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de bioética*, Vol. 11, núm. 42, 2000, pp. 257-272.

⁷¹ La dirección de las Sentencias en el campo de la investigación de la paternidad sería el ejemplo más claro.

⁷² En este sentido mencionamos, entre otras, las más recientes sentencias del TC en esta materia: STC 110/2016, de 9 de junio, respecto de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, STC 81/2013, de 11 de abril, sobre la Ley de Madrid, 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, STC 192/2016, de 16 de noviembre, respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (conocida como “Ley de custodia compartida”).

ROCA TRÍAS, que entiende que no por ello debe ser considerada la familia en crisis, “si por crisis debe entenderse algo parecido a apuros, conflictos o problemas de la institución. Crisis significa aquí cambio y es innegable que la familia se encuentra en una clara época de evolución y cambio sin que se sepa, al menos de forma clara, cuál será el resultado final de este proceso”.⁷³

BIBLIOGRAFÍA

BERENGUER ALBALADEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el «matrimonio gitano»”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010.

CARRIÓN OLMOS, S.: “Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2014, de 12 de junio de 2014 (Prestación de viudedad y matrimonio entre personas del mismo sexo)”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. Y ESCRIBANO TORTAJADA, P. (coord.): *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Transexualidad y restricción del régimen de visitas”, *RCDI*, núm. 713. Disponible en: <http://www.unav.edu/matrimonioyfamilia>

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, núm. 3, 2006.

GIMÉNEZ, S. Y REY, F.: “La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento y Cultura Gitanos. Revista Bimestral de la Fundación Secretariado Gitano (FSG)*, núm. 51-52, 2009.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *Revista de Derecho de familia*, núm. 47, 2010.

MORA, J. E.: “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de bioética*, Vol. 11, núm. 42, 2000.

MORALES, M.: “Concesión de la custodia compartida sin el informe favorable del Ministerio Fiscal”, en <https://revistadigital.inesem.es/juridico/concesion-de-la-custodia-compartida-sin-el-informe-favorable-del-ministerio-fiscal/>.

MORENO ANTÓN, M.: “Matrimonio y creencias”, en ALDANONDO SALAVERRÍA, I. Y MORENO BOTELLA, G. (coord.): *Derecho, cine y libertad religiosa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

OLTRA JARQUE, M.: *Retos jurídicos de la Diversidad Familiar*. Conferencia en Jornadas

⁷³ ROCA TRÍAS, E.: “Familia”, cit., p. 226.

internacionales de familias LGTB. “Diversidad Familiar en Europa”. Valencia, 16, 22, 23 y 24 de junio de 2006. Disponible en: <http://www.felgtb.org/rs/1408/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/479/fd/1/filename/oltra-retos-juridicos-de-la-diversidad-familiar.pdf>.

PÉREZ VERA, E.: *Familia legítima, hijos naturales, adopción y relaciones de hecho*. Ponencia española en la XII Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Roma, 8 - 9 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/eu/trilateral>

ROCA TRÍAS, E.: “Familia y constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad), pp. 207-228. Disponible en: http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf

VEGA MERA, Y.: “El nuevo rostro de la familia: Cuadros de una exposición”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 28, Universidad de Extremadura, 2010.



EFFECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA INTERNACIONAL EN ESPAÑA

*LEGAL EFFECTS OF THE INTERNATIONAL CONTRACTS OF SURROGATE
MOTHERHOOD IN SPAIN*

DRA. SARA ZUBERO QUINTANILLA
Acreditada como Profesor ayudante doctor (ANECA)
Universidad de Zaragoza
sarazq@unizar.es

RESUMEN: La gestación por sustitución tiene diferente tratamiento legal en los distintos países, mientras que unos la reconocen, de forma más o menos flexible, otros la prohíben de forma expresa, como es el caso de España. Sin embargo, pese a que en el Derecho español este tipo de contratos sean declarados nulos de pleno derecho, ello no impide que los futuros padres comitentes puedan desplazarse a aquellos lugares en que sí se permite esta técnica de reproducción para formalizarlos. Realidad la anterior que conlleva un problema jurídico con respecto al reconocimiento de la filiación de los menores en nuestro país. En este sentido, existen opiniones enfrentadas entre la Dirección General de Registros y Notariado y el Tribunal Supremo. Discrepancias que invitan a cuestionar la posibilidad de reformar la norma prohibitiva a fin de evitar interpretaciones y actuaciones contradictorias, fundadas en principios básicos de nuestro ordenamiento.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada, nulidad contractual, filiación, fraude de ley, orden público, interés del menor.

ABSTRACT: Surrogate pregnancy has different legal treatments in different countries. While some countries recognize it with more or less flexibility, others expressly forbid it, like it is the case in Spain. However, even though in Spanish law these types of contracts are declared null by law, this does not prevent that the future parents travel to those places in which this reproductive technique is allowed in order to formalize them. This reality has a legal problem when it comes to the recognition of the filiation of the minors in our country. In these instances, there are conflicting opinions between the General Registry and the Notaries, and the Supreme Court that invite to question the possibility to reform this prohibitive norm to avoid contradicting interpretations and actions based on basic principles of our legal system.

KEY WORDS: Surrogate Motherhood, Contractual Nullity, Filiation, Law Fraud, Public Order, Interest of the Minor.

FECHA DE ENTREGA: 06/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. PROHIBICIÓN DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- II. LAS RESOLUCIONES CONFRONTADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO Y EL TRIBUNAL SUPREMO.- III. PERSPECTIVAS DE FUTURO. HACIA UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- IV. CONCLUSIONES.

I. PROHIBICIÓN DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español no admite los contratos de gestación subrogada. Desde la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹, este tipo de contratos son declarados nulos de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 de su artículo 10: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”.

En la misma línea, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), sin hacer referencia específica a este tipo de contratos en su exposición de motivos, reproduce textualmente el artículo 10 de la Ley derogada mediante un precepto con el mismo ordinal y que, bajo el título de “gestación por sustitución”, mantiene la nulidad de pleno derecho de estos contratos. En este sentido, igual que su predecesora, afirma que el parto será el que determine la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución (apartado 2), dejando a salvo el derecho del padre biológico a ejercer la acción de reclamación de paternidad (apartado 3).

Sin embargo, la normativa prohibitiva de los contratos de maternidad subrogada no es unánime. En Europa, países como Georgia, Rusia, Ucrania, Reino Unido, Grecia o, más recientemente, Portugal son ejemplos de ordenamientos jurídicos que, de forma más o menos restrictiva, habilitan estos contratos y, con ello, las técnicas reproductivas por medio de gestación subrogada. Lo mismo ocurre fuera del ámbito territorial europeo donde encontramos países cuyos ordenamientos jurídicos los habilitan. Así, en Estados Unidos, pese a no existir una legislación general aplicable a todos sus Estados, encontramos leyes especiales sobre la materia, como ocurre en California. De igual modo, Canadá dispone de leyes que favorecen los contratos de gestación subrogada, solamente en la provincia de Quebec se inadmite esta práctica declarándose nula la gestación subrogada. En la misma línea, otros países, como Tailandia, cuentan con normativa que con las condiciones, requisitos y limitaciones en ellas contenidas acogen esta forma de gestación.

¹ Ley objeto de modificación parcial por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y derogada por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La regulación dispar de los contratos de gestación por subrogación en los diferentes países, unida a un proceso creciente de globalización que alcanza, entre otros, al ámbito sanitario y al jurídico, concretado en la evolución del Derecho de familia hacia la asunción de nuevos modelos familiares y de filiación² (familia troncal tradicional, familia de hecho, familias de homosexuales y familias monoparentales)³, ha propiciado una realidad hoy innegable, cual es el llamado “turismo reproductivo”⁴. Turismo reproductivo que ha incidido de forma evidente en las legislaciones internas de los países. En este sentido, aquellos países donde existen normas prohibitivas de esta técnica de reproducción se enfrentan a la problemática jurídica de reconocer o no la filiación reconocida en otros.

Por lo expuesto, la práctica de dicho turismo se concreta en una realidad que no es posible soslayar. Se afirma un vínculo familiar y una determinada filiación en el país de destino por parte de nacionales del país de origen. Sin embargo, a su regreso al país de origen se enfrentan a las consecuencias de un ordenamiento jurídico que no admite los contratos de maternidad por sustitución y, por consiguiente, a dificultades jurídicas en el reconocimiento de los vínculos adquiridos en el país de destino.

En nuestro país, esta situación de conflicto se planteó con ocasión de la pretensión de una pareja de dos hombres españoles, casados en Valencia, de inscribir en el Registro español los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos a unos mellizos nacidos en 2008, en San Diego (California), como consecuencia de un contrato de gestación subrogada. La negativa a la inscripción por el encargado del Registro Civil consular español en los Ángeles, propició, consecuencia de las distintas acciones interpuestas por afectados e interesados, una doctrina enfrentada entre la Dirección General de Registros y Notariados (en adelante DGRN) y el Tribunal Supremo (en adelante TS). Doctrina que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe, dada la repercusión que han tenido ambas decisiones en la materia y que pervive en la actualidad.

² Cfr. LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, núm. 24, pp. 76-91. CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2013, pp. 46-47, señala que se está utilizando la reproducción artificial de un modo incoherente con la finalidad para la que fue concebida científicamente y permitida legalmente. Las situaciones de maternidad o paternidad contempladas tienen en común que se concibe una vida sin que haya problemas naturales de fertilidad, solo imposibilidad de concebir.

³ A este respecto, GARCIA PRESAS, I.: “El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, en AA.VV.: *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanitas Siglo de Oro e Hispanismo general* (coord. V. MAURYA., M. Y INSÚA CERECEDA), Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011, pp. 237-265, pone de relieve las transformaciones que en el Derecho de Familia se han producido por la nueva formulación social dada por la Constitución Española de 1978. Transformaciones que han afectado considerablemente al propio modo de entender la familia, con decisiones fundamentales en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981) e, igualmente, en el modo de desarrollar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley 30/1981). Ello junto a nuevos posicionamientos derivados de normas específicas.

⁴ Cfr. LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 21-22.

II. LAS RESOLUCIONES CONFRONTADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO Y EL TRIBUNAL SUPREMO

La DGRN, mediante resolución de fecha 18 de febrero de 2009 dictada con ocasión del recurso interpuesto por los padres comitentes valencianos a la negativa de inscripción del encargado del Registro Consular, construye una novedosa doctrina. En su opinión, nada impide en la legislación registral inscribir una decisión que no sea idéntica a la que se adoptaría en España, pero que ha sido practicada por una autoridad competente con funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas. Ello siempre que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español. En este supuesto de hecho, la denegación de la inscripción podría suponer una discriminación, lo que entraría en contradicción con el artículo 14 de nuestra Constitución, en cuanto prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo⁵, y el 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en cuanto permite la filiación a favor de dos mujeres⁶.

Además, la resolución considera que, pese a que los contratos de gestación por subrogación están expresamente prohibidos en España, la norma no es aplicable a supuestos como el del caso que le ocupa. El fin último no es determinar la filiación de los nacidos en otro Estado bajo otras normas, sino resolver el acceso al Registro Civil de una filiación ya determinada conforme a otro derecho.

A todos los efectos, la resolución de la DGRN apela en sus fundamentos al interés superior del menor. Interés que aconseja la inscripción, pues de rechazarse se vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991⁷.

Las consideraciones anteriores, junto al resto de las contenidas en la propia resolución de la DGRN, le llevan a afirmar, en el fundamento de derecho quinto de

⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Hijos made in California”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2009, p. 2, advierte que no es cierto que el artículo 14 de la CE sea contrario a que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 no pueda aplicarse a los matrimonios homosexuales integrados por varones y sí a los matrimonios homosexuales integrados por mujeres, debido a que se trata de situaciones distintas. En la misma línea, VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el registro civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. comentario a la STS 6 febrero 2014”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 93.

⁶ El artículo 7.3 Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dispone que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁷ Como señala la Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009, en su fundamento de derecho quinto, párrafo cuarto: “...debe recordarse que el "interés superior del menor" al que alude el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...Este derecho ... a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera...”.

la misma, que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español⁸.

Con todo, esta resolución se matizó a través de una instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁹, vigente en la actualidad. En ella se admite el traslado al Registro civil español de la filiación de los nacidos en el extranjero, mediante gestación por sustitución, en la forma acreditada en el extranjero¹⁰, exigiéndose a tal fin: 1. Presentación, ante las autoridades españolas, de sentencia o resolución judicial extranjera acreditativa de la filiación, 2. Comprobación de la renuncia de la mujer gestante a su patria potestad, mediante libre consentimiento, 3. Comprobación de la no vulneración del interés superior del menor.

En definitiva, para la DGRN la existencia de una resolución judicial dictada por tribunal competente del país de destino deviene en exigencia para realizar la inscripción de filiaciones surgidas de contratos de gestación por sustitución celebrados en terceros países¹¹.

Frente a esta doctrina, el TS, en STS de 6 de febrero de 2014 (JUR 247, 2014), reiterando las resoluciones que se oponen a la inscripción en el Registro Civil dictadas por el Juzgado núm. 15 de Valencia, en fecha 15 de septiembre de 2010, y por la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 23 de noviembre de 2011, con ocasión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de 2009, falla negando la inscripción registral al entender errónea la vía de inscripción propuesta por la DGRN. Resolución que, en 2015, fue corroborada por

⁸ Para DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)” en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (coord. por G. Conte y S. Landini), Universitas Studiorum, 2017, p. 621; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 30, la solución propuesta por la Instrucción no es correcta debido a que está creando una regla general que presta cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, que trata de eludir la aplicación del artículo 10 de la LTRHA. Norma que el autor considera de orden público en la medida en que responde al principio de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

⁹ («BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación”, cit., p. 622, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “La filiación”, cit., p. 30, considera que, aunque la Instrucción no pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible.

¹¹ En opinión de DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, pp. 12 y 13, la resolución judicial tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato conforme a la ley del país donde se formalizó, así como de la protección de los intereses del menor y los de la madre gestante, confirmando su plena capacidad jurídica y de obrar, la eficacia legal del consentimiento prestado, así como constatar la inexistencia de simulación en el contrato que encubra tráfico internacional de menores.

el Pleno del Alto Tribunal por medio de un Auto¹².

Los fundamentos de derecho en que se basa la sentencia se centran en la infracción del orden público español, puesto que el Tribunal entiende que no se respeta la legalidad de la LTRHA, y que el interés superior del menor, en el que basó su resolución la DGRN, no puede conseguirse infringiendo la norma, máxime cuando la propia Ley establece vías adecuadas para inscribir la filiación de menores. En consecuencia, el TS califica las actuaciones de la DGRN como fraude de ley y falla desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en apelación por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia.

A estos efectos, es de interés traer a colación lo dispuesto en el fundamento de derecho tercero de la STS de 2014, cuando afirma: “Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la LTRHA, integran el orden público internacional español”; “Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución...es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares...”.

De igual modo, merece especial atención el fundamento de derecho quinto de la sentencia cuando dice: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución”; “No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute...La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual...El propio artículo 10 de la LTRHA, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico,... Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”.

Pese a lo expuesto, el fallo del Tribunal Supremo no es unánime, pues cuatro de los nueve magistrados formularon voto particular discrepante del acuerdo mayoritario. Los magistrados disidentes parten de que la técnica jurídica no es la de un conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California. Por consiguiente, la cuestión no se plantea en cuanto a la Ley aplicable, sino sobre el reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad competente.

¹² ATS 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141).

Con esa premisa, los magistrados autores del voto particular afirman que no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006 al haber sido determinada la filiación por una autoridad extranjera. Denegar reconocimiento a esa decisión no permitiendo su inscripción solo cabría desde la constatación de que su contenido contraría el orden público español. Circunstancia que se niega por cuanto tal valoración no puede hacerse desde la contrariedad con la norma interna, sino desde la protección del interés superior del menor. Ello a través de una comprobación de cada caso concreto que impida su afección negativa, pues como interés superior que es, integra también el orden público¹³. En este sentido, este voto particular se aproxima a la tesis doctrinal de la DGRN que reclama el reconocimiento de la filiación.

A pesar de las discrepancias de las doctrinas analizadas¹⁴, cabe advertir que, sin embargo, permiten llegar a un mismo resultado, el de la inscripción de la filiación declarada en el extranjero. Por un lado, sin negar las contradicciones de la resolución de la DGRN¹⁵, no se puede obviar que tanto la resolución de 2009, como la instrucción de 2010, posibilitan resolver la inscripción declarada en el extranjero, consecuencia de contratos de maternidad por subrogación, cuando no existe vulneración del orden público internacional español¹⁶, a fin de salvaguardar el

¹³ Como señalan los puntos 3 y 5 del apartado segundo del voto particular de la STS 6 febrero 2014 (JUR 247, 2014): "...Lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida... La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor...". "Ciertamente es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho...no hay orden público si en el caso se contrariaría el interés de un niño...".

¹⁴ De acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Paradojas de la vida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 3, 2014, p. 3, resulta paradójico que mientras el Ministerio Fiscal defendía la nulidad de las inscripciones, pidiendo la cancelación de una de ellas, y mientras nuestros Tribunales se pronunciaban en tal sentido, nuestro Registro Civil estuviese procediendo a las mismas, precisamente al amparo de una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹⁵ Es razonable afirmar con FARNÓS AMORÓB, E.: "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California". *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 16, que la DGRN, al huir de la rigidez del art. 10.1 de la LTRHA, ha abierto una vía irregular para dar respuestas a conductas prohibidas en el ordenamiento jurídico español, generando inseguridad jurídica en relación con menores nacidos en el extranjero mediante el recurso de una madre subrogada, pues una filiación determinada en un ordenamiento puede resultar ineficaz en otro ordenamiento.

¹⁶ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Hijos", cit., p. 2, la resolución de la DGRN sí puede suponer un fraude de ley al habilitar defraudar la aplicación del artículo 10 LTRHA y es contraria al orden público internacional por ir contra los principios básicos de nuestro derecho. Por el contrario, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2015, pp. 65 y 106, entienden que, pese a las carencias técnicas de la instrucción de la DGRN, la misma ha proporcionado un tratamiento jurídico correcto de estos supuestos. En ningún caso se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria. La instrucción aborda problemas de Derecho

interés superior del menor. En la misma línea, se enmarca el voto particular de los magistrados disidentes que, coincidiendo con la decisión administrativa, reiteran que la valoración de la infracción del orden público español solo puede hacerse mediante una comprobación caso por caso y no mediante fórmulas genéricas. Todo ello a fin de que el interés del menor no quede gravemente afectado, ya que se trata de un interés superior y de orden público.

Por otro lado, la sentencia del TS, denegatoria de la inscripción, tampoco está exenta de alguna contradicción. Parte de la vulneración del orden público internacional español que supone la resolución de filiación extranjera, lo que impide su inscripción en el Registro Civil español, y afirma estar ante un supuesto de fraude de ley, subordinando el interés superior del menor a la Ley, al considerar que este no se defiende desde la infracción de la norma imperativa. Sin embargo, en aras de impedir los efectos negativos que la falta de inscripción conllevaría al menor, acude a soluciones alternativas que, con cobertura en nuestro ordenamiento, permiten: 1. La reclamación judicial de la paternidad sobre el menor por parte del progenitor biológico¹⁷, 2. La adopción o acogimiento familiar¹⁸.

Junto a lo anterior, cabe advertir que el tenor literal de la propia norma prohibitiva puede resultar incongruente, pues junto a la plena nulidad de derecho que el art. 10 de la Ley 14/2006 declara en su apartado primero, en el tercero, como ya vimos, dice: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Afirmación que supone abrir una

internacional privado, no de Derecho civil. Por ello, en opinión de los autores, la instrucción no potencia, ni fomenta, ni permite el fraude de la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero, tras una gestación por sustitución, ha sido legalmente fijada. Los autores consideran que solo hay vulneración del orden público internacional español si, en el caso concreto, ha existido tráfico de menores, explotación de seres humanos u otras prácticas similares.

¹⁷ A este respecto, NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I., PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, p. 256, afirman que la diferencia de trato tiene carácter sancionador para la mujer, que en supuestos como el analizado no se justifica en un interés social atendible más allá del regulado para el progenitor varón, lo que puede llevar a una diversidad de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación.

¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación”, cit, pp. 93 y 105, advierten que ambas vías de solución perjudican al menor, por un lado, nadie puede ser obligado a ejercitar una acción de reclamación judicial de la paternidad sobre el menor, y de no producirse dejaría sin padres al menor lo que no encaja con el interés del menor, por otro lado, la adopción no daría un mejor resultado que el reconocimiento de la filiación ya otorgada, tendría problemas de reconocimiento en el país otorgante de la filiación y al igual que la reclamación de la paternidad biológica, nadie puede ser obligado a adoptar, lo que igual que en el caso anterior no encaja adecuadamente con el interés del menor. Por ello, entre sus conclusiones afirman que el orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español entre los cuales goza de preferencia valorativa el principio del “interés del menor”. En la misma línea, LAMM, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, p. 93, considera que la solución dada por el TS no garantiza derechos. Para la autora la adopción judicializa el post-nacimiento propiciando violaciones en distintos derechos del niño nacido.

vía legal a la inscripción de filiaciones nacidas en el marco de contratos de maternidad subrogada formalizados en países donde tienen reconocimiento legal e incluso en países que, careciendo de normativa en este ámbito, no prohíben expresamente la práctica de estos contratos. Ello de una forma parcial no exenta de opiniones críticas¹⁹.

En todo caso, una vez expuestos los dos puntos de vista, es de reseñar que la solución dada por la DGRN, así como la derivada del voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014 (JUR 247, 2014), abogan por una idea de interés superior del menor en una línea más afín a la sustentada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH). Ello en cuanto considera el interés del menor como uno de los valores que presiden el Derecho Internacional Privado, sin una aparente subordinación al respeto de la norma interna, como puede inferirse de la sentencia del TS cuando manifiesta que dicho interés no puede satisfacerse infringiendo la Ley.

El TEDH aborda los efectos jurídicos que en un Estado puede tener la declaración de filiación hecha en otro Estado, mediante las técnicas de gestación por sustitución con ocasión de diversas sentencias²⁰. En primer lugar, nos referiremos a dos sentencias de fecha 26 de junio de 2014 dictadas con ocasión de dos casos franceses: “Mennesson” (núm. 65192/11) y “Labassee” (núm. 65941/11) y, en segundo lugar, a una sentencia de fecha 27 de enero de 2015, dictada con ocasión del caso italiano “Paradiso-Campanelli” (núm. 25358/12).

Los dos primeros supuestos tratan de matrimonios de ciudadanos franceses, hombre y mujer, que contrataron en California los servicios de una madre subrogada en la que se implantaron embriones con aporte de material genético del padre comitente y que obtuvieron de la autoridad del país de destino la declaración de filiación correspondiente. El tercer supuesto trata de un matrimonio de ciudadanos italianos, hombre y mujer, que contrataron en Rusia los servicios de una mujer que gestó y dio a luz un bebé que, según el Derecho ruso, tiene la filiación de los padres italianos que no aportaron material genético. Cabe señalar que el óvulo tampoco fue aportado por la mujer gestante, sino por donante.

En estos supuestos, el país de origen (Francia e Italia), con arreglo a su derecho, no reconoció las filiaciones declaradas en el país de destino. A estos efectos, la doctrina

¹⁹ En esta línea, PEREÑA VICENTE, M.: “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”, *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 29, 2012, pp. 141 y 142, señala que la LTRHA tiene varias incoherencias, una de ellas se concreta en la propia redacción del art. 10 de la Ley que tras declarar nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, por lo que en el mismo artículo se consagra una nulidad que no es tal porque sí produce efectos a favor de la filiación paterna. Circunstancia que genera una diferencia de trato en relación con la mujer a la que no podrá reconocerse la maternidad genética, incluso aunque haya aportado su óvulo.

²⁰ Sobre los pronunciamientos del TEDH cfr. LAMM, E., RUBAJA, N.: “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, núm. 37, 2016, pp. 149-170.

sentada por el TEDH se concreta en que el no reconocimiento de la filiación declarada en el extranjero vulnera el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)²¹, siendo la defensa del derecho a la vida privada y el derecho a la identidad de los menores, que el precepto declara, los valores que salvaguardan el interés superior del menor²². Interés que, reiteramos, es uno de los principios inspiradores del Derecho Internacional Privado²³.

Con todo, debe advertirse que la tercera sentencia tiene la particularidad de no afectar a la decisión previa italiana de haber dado el hijo en adopción a otros padres distintos de los comitentes. Ello sobre la base de la actuación deliberadamente engañosa de estos últimos y la inexistencia de vínculo biológico (que si existía en los casos franceses)²⁴. En esta sentencia, si bien el TEDH sancionó al Gobierno de Italia por violación del art. 8 del CEDH, sobre la base de la rotura del vínculo familiar provocada por la privación de la custodia del menor, tal decisión fue revisada, en 2017, por la Gran Sala (único caso en el que hasta la fecha se ha pronunciado este órgano). La Gran Sala entendió que no se produjo dicha violación y estimó que, en este caso, no hubo rotura de la vida familiar, pues junto a no darse

²¹ De acuerdo con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4.XI.1950: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

²² El TEDH se ha pronunciado en el mismo sentido con motivo de posteriores sentencias relativas a casos franceses: “Foulon” (núm. 9063/14) y “Bouvet” (núm. 10410/14), en julio de 2014, y “Laboire” (núm. 44024/13), en enero de 2017.

²³ Siguiendo a CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación”, cit., 2015, p. 104, en los casos internacionales, a diferencia de los que sucede en los nacionales, el Estado de origen debe decidir sobre una filiación legalmente creada en otro país, sobre una identidad del menor ya existente con arreglo a la ley de otro país y muchas veces amparada en una resolución judicial y/o registral extranjera, así como sobre una vida familiar ya existente. En tales supuestos el único modo en que el Estado de origen puede respetar la vida privada y la identidad del menor es mediante el reconocimiento de situaciones jurídicas legalmente creadas en el extranjero, reduciendo al mínimo la operatividad de la cláusula de orden público internacional como excepción a dicho reconocimiento. En la misma línea, DURÁN AYAGO, A.: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (núm. 65192/11) y caso *Labassee c. France* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014 Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, núm. 2, 2014, p. 241, resalta que el TEDH considera que el interés superior del menor es un concepto que debe configurarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que haya en el país de residencia de los padres intencionales y donde residirá el menor.

²⁴ Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre *Maternidad Subrogada*”, *The family watch. Instituto Internacional de Estudios sobre la familia*, 2017, p. 3, las sentencias del TEDH tienen que ver más con la filiación que con la maternidad subrogada. De acuerdo con el autor, en sus decisiones resulta de importancia la existencia de un vínculo biológico, así como que haya habido una efectiva convivencia de los padres comitentes con el niño.

el vínculo biológico tampoco hubo verdadero vínculo familiar del niño con los padres comitentes. De este modo, entendió que no se produjo una injerencia ilegítima en la vida privada de dichos padres, sino una intervención acorde a las exigencias del precepto señalado.

En todo caso, nada desvirtúa el criterio de la preferente defensa y custodia de los intereses del menor que son superiores y, por ello, es obligado tener en cuenta como presupuesto y base de cualquier decisión que pudiera afectarlos²⁵.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO. HACIA UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

De lo expuesto en los epígrafes que anteceden se puede inferir que la posibilidad de reconocimiento y legalización de la gestación por sustitución en nuestro país sería objeto de una gran controversia. Además, se trata de una materia rodeada de connotaciones ideológicas, éticas y de reticencias sociales²⁶. Con todo, no podemos ser ajenos a la realidad social y a los efectos que la formalización de este tipo de contratos en otros países produce en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, pese a que las resoluciones analizadas no se pronuncian acerca de la maternidad subrogada, sino solo sobre la validez en España de la filiación reconocida en país en extranjero, se ha visto incrementada la preocupación por la necesaria regulación de esta técnica de reproducción asistida, debido a los avances científicos y a la evolución de los modelos de familia²⁷. Circunstancia que ha permitido plantear la necesidad de una respuesta legal de mayor alcance que la hoy existente.

²⁵ En este sentido, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, pp. 38-50, marzo 2014, p. 47. En la misma línea, LAMM, E.: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2014, p. 47, La autora afirma que a diferencia de la doctrina del TS, el TEDH fija claramente que el interés superior del niño está por encima del orden público. En opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación, análisis crítico”, cit., p. 617, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación”, cit., p. 26, no puede considerarse que la posición de la legislación española sea contraria al interés del menor, pues no está dicho que lo mejor para él sea siempre el reconocimiento de la filiación respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto. El autor considera que este hecho supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación contraria a lo legislado.

²⁶ De acuerdo con CASADO BLANCO, M. Y IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M.: “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”, *Revista española de medicina legal*, 2014, p. 62, son muchas las variables a tener en cuenta en esta materia, basadas en la variabilidad de circunstancias clínicas, y de valores de las personas, a las que añadir otras como la edad de la madre subrogada, la identidad de género, la ayuda económica, la explotación de mujeres, el derecho de las mujeres al uso libre de su cuerpo y los derechos de los recién nacidos.

²⁷ Parece razonable afirmar con PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 64, que la realidad de que algunos españoles ya han sido padres mediante la maternidad por sustitución, unido a la demanda de algunos grupos, si bien minoritarios, así como algunos médicos en Congresos especializados, permite pensar en una posible reforma en esta materia dirigida a permitir la maternidad de sustitución. En esta línea, autores como VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Problemas prácticos

En este complejo marco jurídico-ético-social, es de interés referirse al informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, emitido el 19 de mayo de 2017. Informe que se estructura en cinco apartados: Introducción; Parte I sobre gestación subrogada: clasificación, condiciones para el debate y aspectos científicos; Parte II sobre aspectos éticos; Parte III sobre aspectos jurídicos y políticos y Conclusiones.

En su introducción se pone de manifiesto el incremento y la internalización de esta práctica en los últimos quince años. Circunstancia que unida a la legislación española, que prohíbe con nulidad de pleno derecho la maternidad subrogada y, el hecho de que el Derecho español no ofrezca una respuesta uniforme respecto a la inscripción de la filiación de los hijos habidos a través de ella, al concurrir disparidades de criterios entre la DGRN y el TS que generan inseguridad jurídica, motivaron la decisión del Pleno del Comité, en sesión celebrada el 6 de septiembre de 2016, de elaborar el informe al que nos referimos.

En la primera parte, tras exponer el proceso de gestación subrogada y aludir a las múltiples formas en las que puede ser llevada a cabo, el informe fija las reglas para afrontar un debate bioético de la maternidad subrogada, asumiendo como terminología más adecuada, e indistinta, los términos: “maternidad subrogada” y “gestación subrogada”. De igual modo, evita centrar el debate sobre casos concretos, que si bien su conocimiento contribuye a una mejor comprensión de la problemática pueden condicionar el juicio de valor, de convertirse en el único soporte del debate, así como huye de las descalificaciones ideológicas, que no hacen posible valorar objetivamente las diferentes posturas sobre esta práctica.

Esta parte del informe termina aludiendo a los aspectos biológicos y psicosociales que surgen de la relación madre-hijo durante la gestación y cuya toma en consideración es necesaria para tener una visión completa y objetiva de las consecuencias que una regulación sobre esta materia puede tener para las partes implicadas.

Con respecto a la segunda parte del informe, el mismo constata la existencia de regulaciones dispares sobre maternidad subrogada en los distintos países. Hecho que evidencia la casi imposibilidad de alcanzar un acuerdo universal en la materia. En

del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho de Familia*, 2011, p. 69, entienden que para evitar fraudes de ley, solventar problemas de infertilidad no salvables mediante las disposiciones de la LTRHA y favorecer la paternidad biológica, debería regularse esta práctica, de acuerdo con las premisas de la Instrucción de la DGRN y de algunas legislaciones extranjeras. Del mismo autor, vid. también “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011, pp. 1-14/ “Propuesta del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1). A propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011, pp. 1-15/ “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012.

consecuencia, en el informe se advierte que sus autores se centran en la valoración ética que debe hacerse de la maternidad subrogada en las sociedades pluralistas y democráticas, como la española, y en la respuesta jurídica que nuestro ordenamiento debería dar.

De este modo, el informe plantea si en la actualidad sigue siendo de interés vincular gestación y maternidad a fin de conservar o no, en la organización social, el principio de Derecho romano "*mater semper certa est*", por el que la gestante del niño es su madre legal. Ello habida cuenta de la irrupción de las TRHA que permiten separar la maternidad genética y la biológica. En este sentido, del debate entre la primacía del vínculo materno-filial por voluntad procreativa o por causas biológicas, el informe se decanta por el segundo como el más idóneo para el arraigue del deseo de maternidad y de asunción de las responsabilidades que derivan de tal decisión.

En esta misma parte del informe se presta especial atención a las personas que en la maternidad subrogada resultan más afectadas, cuales son la mujer portadora y el niño. En relación con la mujer, con independencia de la forma de gestación subrogada que se adopte (altruista o comercial), se evidencia un conflicto de intereses entre la gestante y los comitentes que puede llevar a inaceptables formas de explotación de las mujeres. Circunstancia que, de acuerdo con el Comité, no permitirían justificar situaciones especiales en las que esta forma de gestación pudiera resultar lícita. En lo que se refiere al interés superior del menor, la disyuntiva de la que se parte es saber si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir las responsabilidades sobre los hijos. En opinión del Comité, la importancia de la gestación en el proceso reproductivo y en la vida del ser humano no debe relativizarse, por lo que el vínculo biológico debe protegerse. Por ello, y a fin de evitar potenciales riesgos sobre el hijo (tráfico de niños, su cosificación y la de la propia reproducción), defiende la prohibición legal existente en España como fórmula, que, en el momento actual, garantiza de una mejor manera la seguridad jurídica del niño y la no explotación de la mujer.

En cuanto a la tercera parte del informe, se presta especial atención a la regulación que de la maternidad subrogada se ha hecho a nivel internacional. En primer lugar, se hace referencia a los Organismos y Organizaciones internacionales que se han ocupado de la maternidad subrogada. Así, la Organización de Naciones Unidas, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, El Consejo de Europa o la propia Unión Europea que, a través de distintos documentos (Convenciones o Informes), han advertido de las graves amenazas que sobre los derechos humanos suponen los acuerdos de gestación subrogada internacional y condenan su práctica en cuanto resultan contrarios a la dignidad humana de la mujer, recomendando su prohibición. En segundo lugar, se constata la diversidad, complejidad, variabilidad e inseguridad que de la regulación de la maternidad subrogada hay en el mundo. En opinión de los miembros del Comité, esta realidad configura un escenario propicio a situaciones de gran desprotección e incluso explotación de la mujer gestante, así como un peligro de tráfico de niños. En este sentido, el nivel de protección de las partes afectadas en este tipo de maternidad se

acaba determinando por los países con regulaciones más laxas, al ser los que facilitan en mayor medida satisfacer la demanda de estas prácticas.

En esta parte del informe también se aborda la situación jurídica en España, exponiendo el régimen legal actual, y se hace referencia a la doctrina del TEDH fijada a partir de las sentencias a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior. De ellas se destacan, entre otros aspectos, la preferencia que dicho tribunal concede al interés superior del niño que ha de ser el que guie cualquier decisión que pueda afectarle. Afirmación que no excluye, como refleja la Gran Sala con ocasión del recurso a la sentencia pronunciada por el TEDH en el caso “Paradiso y Campanelli”, declarar que en la maternidad subrogada internacional no siempre existen los hechos consumados que obliguen a los jueces admitir, en todo caso, filiaciones obtenidas en el extranjero en violación de normas internas.

Todo lo expuesto permite al Comité hacer una serie de apreciaciones sobre la regulación de la filiación de los niños nacidos de gestación por sustitución. Estas se concretan en afirmar la falta de claridad existente que resuelva la colisión que se produce entre el interés superior de los menores habidos por gestación subrogada internacional y las normas de los Estados que prohíben la maternidad subrogada. Por dicho motivo, las resoluciones judiciales habidas, tanto del TS como del TEDH, son la base de una línea de resolución de supuestos concretos análogos más que la afirmación de criterios de general aplicación. Por otra parte, afirma que la situación irregular en nuestro país, en lo relativo a la inscripción registral de los niños resultado de la maternidad subrogada internacional, entre el TS y la DGRN, se mantiene al día de la fecha. Situación que para el Comité debería haber quedado resuelta tras la sentencia del TS de 2014 y su Auto de 2015, exigiéndose a las autoridades administrativas y a los ciudadanos el respeto a la Ley vigente con la interpretación dada por el TS.

La parte tercera del informe concluye con un análisis crítico de los tres modelos reguladores de la maternidad subrogada, cuales son: 1) Aceptar la maternidad subrogada como una manifestación de la autonomía de las mujeres y recurso idóneo para satisfacer el deseo aquellas personas que queriendo tener un hijo no pueden; 2) Aceptar únicamente la maternidad subrogada altruista como recurso para atender el deseo de las personas que quieren tener un hijo pero no pueden gestarlo; 3) Mantener la nulidad de los contratos de gestación por sustitución a nivel nacional.

Los dos primeros modelos son objeto de una valoración negativa en el informe. El primero en cuanto que ante la ausencia de un marco normativo garantista de carácter internacional si se admitiesen dichas prácticas supondría complicidad, aunque fuera indirecta, con la explotación de la mujer. El segundo porque el núcleo esencial de la familia y de los roles biológicos que coexisten en ella, produciéndose duplicación de estos (abuela y a la vez madre, tía y a la vez mare, etc.) pueden afectar no solo a la institución familiar, sino también al propio interés superior del menor. Además, la admisión de esta forma de maternidad subrogada no impediría seguir acudiendo a la subrogación lucrativa en el extranjero. Por el contrario, el tercer modelo, avalado por la mayoría de los países de nuestro entorno, en cuanto es

considerado la mejor forma de salvaguardar la dignidad de la mujer y el interés superior del niño, es el recomendado por los miembros del Comité.

Con apoyo en el principio de prudencia sus miembros recomiendan, antes de abordar una regulación en esta materia, una previa valoración de las consecuencias prácticas de leyes que han aprobado la gestación por subrogación en países de nuestro entorno. Principio de prudencia que, por otra parte, encuentra cobertura legal en la regulación de otras materias, como es el caso de la Ley 13/2011 de 4 de octubre, General de Salud Pública, o en la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

El Comité entiende que la situación actual no puede sostenerse de forma indefinida y exige una respuesta eficaz del legislador, proponiendo garantizar la determinación legal actual, que no es otra que la nulidad de los contratos de gestación subrogada, independientemente del lugar en que se celebren, para evitar la explotación de las mujeres y la lesión del interés superior del niño.

Finalmente, en el último apartado del informe dedicado a las conclusiones, el Comité reitera las sólidas razones que existen para rechazar la maternidad subrogada, entendiendo la mayoría de los miembros que “todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor”. Aunque recuerdan que no son legisladores, ni un órgano de asesoramiento técnico-jurídico, recomiendan que una futura reforma de la Ley vigente, que estiman necesaria, debería orientarse sobre tres criterios fundamentales: 1º) Principio de mínima intervención, que podría materializarse aplicando la nulidad de estos contratos a los celebrados en el extranjero, para lo cual podrían considerarse medidas sancionadoras a las agencias dedicadas a esta actividad, e incluso de resultar insuficientes considerar otras; 2º) Defender, en el seno de la comunidad internacional, una prohibición universal de la maternidad subrogada; 3º) Velar por una transición segura que no deje desprotegidos a los niños nacidos por este sistema, garantizando que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina del TS.

Con todo, cabe advertir que pese a la amplia mayoría con la que se respalda el informe, se emitió un voto particular por un de los miembros del Comité. Voto particular que, si bien expresa la coincidencia de su autor en lo básico con el criterio mayoritario, recuerda que en sí misma la técnica no está prohibida y, por ello, su utilización no lleva aparejada sanción para las personas directamente involucradas (madre gestante y padres comitentes).

El autor del voto, si bien reconoce que la maternidad subrogada no está exenta de riesgos, señala que también puede tener valores positivos (resolver el deseo de ser padres de quienes están imposibilitados). Dentro de un conjunto de principios y reglas que prevengan o reduzcan de forma eficiente los riesgos de desviaciones o prácticas corruptas, se puede permitir al legislador una vía a la maternidad subrogada. Ese marco legal podría tener como efecto que la mayor parte de estas prácticas se realizasen en nuestro país con un mayor control en materia de salud, a la

vez que posibilitar ser más contundentes en categorizar como fraude de ley las prácticas realizadas en el extranjero. Ello siempre que la norma garantice adecuadamente los intereses legítimos de los hijos nacidos, complementado con normas relativas a las agencias de intermediación, a fin de reducirlas a entidades mixtas o sin ánimo de lucro.

De todo lo expuesto observamos que el informe del Comité realiza un juicio negativo a la maternidad subrogada y avala su prohibición. Asimismo, reconoce que la situación de contradicción actual entre los criterios de la DGRN y el TS no puede sostenerse y aconseja una solución legislativa reiterativa de la nulidad de los contratos vigente. Por ello, recomienda una modificación legislativa que permita una mayor eficacia de la nulidad declarada con extensión de sus consecuencias a los contratos de subrogación internacional. Ello complementado con un régimen sancionador que se circunscribiría a las agencias de intermediación para impedir que ejerzan sus actividades con impunidad. Con todo, consideramos que el informe y sus conclusiones no terminan de resolver la problemática derivada de este tipo de prácticas y los conflictos que sobre reconocimiento de filiación se produce por la subrogación internacional. Sin perjuicio de que reconozcamos virtudes innegables al informe, en cuanto reflejo de una realidad compleja, contradictoria y susceptibles de generar graves riesgos de explotación degradante de la mujer y un latente peligro de tráfico y cosificación de menores, no es menos cierto lo utópico de una propuesta basada en una universal declaración de nulidad de estos contratos y, con ello, en una pretendida asunción por la totalidad de países de prohibir su práctica.

En nuestra opinión, es posible que pudieran resultar más objetivos algunos planteamientos expuestos en el voto particular que parten de la realidad de la existencia internacional de los contratos de maternidad subrogada, que no es posible desconocer, y cuya práctica deriva en consecuencias jurídicas que afectan al país que, en su normativa nacional, los prohíbe. Además, como también se argumenta en el voto particular, no puede desconocerse que, pese a las reiteradas prohibiciones de estas prácticas en diferentes regulaciones, como ocurre en nuestro país, aquellas no van acompañadas de un régimen sancionador propio. No debe olvidarse que estas prácticas están permitidas y reguladas en el país de destino, donde se obtiene, por las autoridades judiciales o administrativas, una filiación causante del conflicto jurídico en cuanto pretende inscribirse en el país de origen, cuya norma no las admite.

En estas circunstancias es unánime la salvaguarda del interés del menor nacido, que debe presidir cualquier decisión que le afecte, así como el respeto a la dignidad de las mujeres, lo que no impide resolver, a nivel legal, la problemática de las filiaciones declaradas en el extranjero mediante maternidad subrogada. En este sentido, en nuestro ordenamiento la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, publicada en el BOE de 22 de julio de 2011²⁸, podría dar respuesta a

²⁸ La entrada en vigor está prevista, en los términos de la disposición final décima, el 30 de junio de 2018. No obstante, cabe señalar que, en abril de 2018, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados acordó prorrogar 2 años la entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil, hasta el 30 de junio de 2020. Vid. <https://confilegal.com/20180421-la-comision-de-justicia-acuerda>

la problemática planteada. Esta Ley atribuye carácter normativo, al mismo nivel jerárquico de la Ley 14/2006, a las soluciones administrativas dadas por la DGRN de 2010.

En ella se introduce un Título X donde se recogen las normas de Derecho internacional privado que regulan cómo deben realizarse los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho internacional privado. Por ello, la filiación de los hijos habidos en el extranjero, mediante un contrato de gestación por sustitución, es una materia que deberá regularse por esta norma. A estos efectos, debería entenderse desplazada la Instrucción de la DGRN de 2010, al menos en lo que se opusiera a esta Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa. Serán los requisitos de los artículos 96 y 98 de la Ley 20/2011 los que deban aplicarse, respectivamente, para que puedan acceder al Registro Civil español resoluciones judiciales extranjeras o certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros.

El contenido de esta Ley, sin acoger expresamente los requisitos de la Instrucción de 2010, aporta soluciones similares en cuanto se centra en comprobaciones de carácter formal y no de carácter material del hecho inscrito y, con ello, parte de la no aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006 a estos efectos. Para algunos autores, la Ley 20/2011 podría suponer un paso previo hacia la legalización de los contratos de gestación por sustitución²⁹.

En todo caso, es de prever que esta Ley no resolverá la polémica doctrinal y social que en esta materia deriva de las posiciones contrarias expuestas por las decisiones administrativas de la DGRN y por las decisiones judiciales de los tribunales. Ahora bien, su entrada en vigor podría llegar a modificar la postura de los tribunales en lo relativo a considerar un fraude de ley, y, con ello, una actuación contraria a nuestro ordenamiento jurídico, la inscripción en España de una filiación adquirida por gestión subrogada internacional³⁰. Con el cumplimiento de los requisitos fijados se dará respuesta a una norma legal de igual rango jerárquico que la Ley 14/2006 dejando claro, a ese nivel normativo, la inaplicabilidad, que no derogación, del art. 10 de dicha Ley.

En relación con la posibilidad de reconocimiento y legalización de la gestación por sustitución en nuestro país, también es necesario referirnos a la Proposición de Ley

²⁹ ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012, p. 9, opina que la nueva regulación tiene muchas posibilidades de significar de hecho, la legalización en nuestro ordenamiento de la gestación de sustitución realizada en aquellos países donde ésta es legal, así como puede significar un primer paso hacia la legalización de los contratos de gestación de sustitución en Derecho nacional.

³⁰ En sentido contrario, VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el registro civil español la filiación”, cit., pp. 93 y 94, opina que esta situación no variará con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, al exigir los artículos 96 y siguientes de la misma que la inscripción no sea manifiestamente incompatible con el orden público español, tanto en el reconocimiento de certificaciones registrales como de resoluciones judiciales extranjeras, se inste control incidental o *exequátur*.

reguladora del derecho a la gestación por subrogación³¹ que, en septiembre de 2017, presentó en el Congreso el grupo parlamentario Ciudadanos. Proposición que tiene por objeto proteger la libertad y la autonomía privada de las personas garantizando los derechos reproductivos de quienes hayan agotado o sean incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida permitidas. Con ello se superaría la situación generada por la Instrucción de la DGRN de 2010 que posibilita la continuidad de la relación de filiación en nuestro país y deja sin contenido la nulidad del contrato de gestación por sustitución previsto en la LTRHA, según señala la exposición de motivos de la Proposición.

Esta Ley se estructura en siete capítulos, una disposición derogatoria y cuatro finales. A continuación, nos centraremos en la exposición y análisis de los aspectos de cada capítulo que consideramos más destacables.

La gestación por subrogación, conforme lo dispuesto en el primer capítulo de la Proposición de Ley, podrá llevarse a cabo siempre que sea sin ánimo de lucro (sin perjuicio de compensación resarcitoria previamente establecida) y de manera solidaria entre personas libres e iguales. Ello al objeto de enriquecer las formas en que los ciudadanos disfrutan de la familia y del fomento de la natalidad. Los requisitos para que pueda llevarse a cabo dicha práctica son: 1. Posibilidades razonables de éxito, sin riesgos grave para la salud de la mujer gestante, o su futura descendencia, y consentimiento libre y consciente; 2. El progenitor o progenitores subrogantes deben haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción asistida; 3. Ausencia de vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y los progenitores subrogantes; 4. Utilización auxiliar de técnicas de fecundación in vitro o afines.

A todos los efectos, la protección de una mayor autonomía de la voluntad de las partes, con respecto a la familia, no puede suponer un indicio de mercantilización o comercialización del proceso. Por dicho motivo, toda norma que pretenda regular esta técnica de reproducción debería contemplar necesariamente varias limitaciones para el acceso de las partes a dicha práctica. Sin embargo, el problema principal se encuentra precisamente en la elección de dichos límites. En este sentido, cabe señalar que, pese a la regulación de la maternidad subrogada, en su modalidad altruista³², dicho carácter no garantiza el total consentimiento libre e informado de las partes intervinientes, sobre todo el de la madre gestante.

Junto a la anterior afirmación, sobre el carácter altruista de la práctica es preciso hacer alusión al requisito tercero de la Proposición, que excluye como madres gestantes a aquellas personas que tengan un vínculo de consanguinidad con los comitentes. Un supuesto que, llegado el caso, podría parecer más fácil de valorar

³¹ BOCG 12 B-145-1.

³² Como advierte SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, p. 293, la admisión de contratos onerosos vulnera el más elemental derecho a la dignidad de la persona porque el cuerpo de la mujer pasa a ser utilizado por aquellas personas que pueden pagarlo, y manipulado como un instrumento para dar satisfacción a los intereses de quien paga.

como de carácter altruista es aquel en que una madre, hermana, prima, entre otros familiares, se pone a disposición de los progenitores subrogantes para formalizar un contrato de gestación por sustitución, tal como lo prevé la legislación portuguesa a la que nos referiremos más adelante. En este sentido, el informe del Comité de Bioética que hemos analizado señala, con respecto a la donación de órganos, que las donaciones altruistas de personas vivas sin relación de parentesco con el receptor tienen un porcentaje muy bajo. De este modo, si bien es cierto que los vínculos de consanguinidad generan importantes conflictos respecto de los roles familiares, no es menos cierto que el excluir estos supuestos limita en gran medida la aplicación de esta técnica de reproducción.

El segundo capítulo de la Proposición se centra en los sujetos intervinientes y el contrato de gestación. Por un lado, una mujer, para poder gestar al hijo de terceros, ha de ser mayor de 25 años y menor de la edad fijada para que la gestación pueda realizarse con éxito; debe tener capacidad jurídica y de obrar; buen estado de salud físico y mental; haber gestado con anterioridad un hijo sano; disponer de una situación económica y familiar adecuada para poder afrontar en condiciones adecuadas la gestación; tener nacionalidad española o residencia legal en España; no tener antecedentes penales o de abuso de drogas o alcohol; y no haber sido gestante por subrogación en más de una ocasión. Requisitos que deberá cumplir con la antelación máxima de un mes a la celebración del contrato. Por otro lado, toda persona que quiera ser progenitor subrogante deberá haber agotado o ser incompatible con las restantes técnicas de reproducción asistida, así como aportar su propio material genético. Además, son requisitos necesarios tener plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayor de 25 y menor de 45, tener nacionalidad española o residencia legal en España y acreditar la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental.

Respecto a las condiciones en que una mujer puede ser gestante, pese a que el requisito de la maternidad anterior pudiera parecer adecuado, a fin de que la misma tenga un conocimiento certero del proceso de gestación y de las repercusiones que el mismo supone en su organismo al momento de prestar su consentimiento, no otorga garantías absolutas. Ello debido a que no pueden asegurarse iguales efectos en cada uno de los embarazos. En la Proposición también se alude a los derechos de la mujer a gestar siempre que no aporte material genético propio, indicación que no impide que la gestante pueda desarrollar un estrecho vínculo con el futuro bebé. En cuanto a los requisitos de los padres biológicos, es reseñable la opción del recurso a dicha práctica como única vía de procreación posible, así como el aporte de material genético, ya sea propio o de donante. En cualquier caso, siempre estará latente el mencionado vínculo biológico y afectivo que, durante el periodo de gestación, surge entre la madre y el niño, el cual puede llegar a afectar a su voluntad inicial.

Como señala la Proposición, una vez se cumplan los requisitos por ambas partes, y no exista entre ellos relación de subordinación económica entre ellos (laboral o prestación de servicios), el contrato deberá otorgarse ante Notario, previa realización de la técnica de reproducción. En él constará: la identidad de los intervinientes; su consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable; los

conceptos por los que la gestante puede percibir una compensación económica; las técnicas de reproducción asistida que se emplearán; información sobre el seguro a la gestante; responsables médicos que seguirán el proceso; lugar del parto y circunstancias en que los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos; así como la designación del tutor. Formalizado el contrato deberá ser inscrito en el Registro General de Gestación por Subrogación.

La formalización de este tipo de contratos ante fedatario público pretende ayudar a garantizar transparencia al proceso al ser los encargados de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley por las partes intervinientes. La previsión acerca de la prohibición de celebración de contratos entre personas que tengan relaciones de subordinación económica responde a la lógica de salvaguardar, en todo caso, el libre consentimiento de todas las partes implicadas en los contratos de maternidad subrogada.

En el tercer capítulo, dedicado a la fecundación, parto y filiación, se prevé el modo de proceder en lo relativo a las técnicas y donantes de material genético conforme lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. La filiación se regulará por las leyes civiles y las especificaciones de los artículos 11 a 14 de dicho capítulo. En ningún caso se establecerá filiación entre el nacido y la gestante, siendo solo posible entre el nacido y los progenitores subrogantes, pese a que no exista aporte de material genético, y estando obligados a promover la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Formalizado el contrato de gestación por sustitución y producida la transferencia embrionaria, los progenitores subrogantes no podrán impugnar la filiación de los nacidos como consecuencia de la gestación. En caso de premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, solo se reconocerá la filiación a su favor bien cuando al momento del fallecimiento se hubiera producido la transferencia embrionaria al útero de gestante bien si hubiera prestado su consentimiento en el contrato de gestación y hubiera aportado material genético, siempre que se proceda a la fecundación y transferencia embrionaria en los 12 meses siguientes al fallecimiento. En el supuesto de fallecimiento de los progenitores durante la gestación, el contrato mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación. La inscripción deberá ser promovida conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³³.

En este capítulo de la Proposición de Ley se configura una nueva forma de entender las relaciones paternofiliales alejada del principio del derecho romano *mater semper certa est*, a partir del cual la filiación se determina por el parto. De este modo, pretenden dar respuesta a los nuevos modelos de familia donde el vínculo biológico parece ceder ante la voluntad procreativa de los padres comitentes³⁴.

³³ Artículo 45. Obligados a promover la inscripción de nacimiento: Están obligados a promover la inscripción de nacimiento: 1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios, 2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario, 3. El padre, 4. La madre, 5. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse.

³⁴ Sobre la autonomía de la voluntad de los comitentes cfr. TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo

En cuanto a la premoriencia de uno de los progenitores, se acoge una solución semejante a la dispuesta en el artículo 9 de la Ley 14/2006 respecto a la premoriencia del marido. Sin embargo, fallecidos ambos durante la gestación se prevé la permanencia de la filiación del menor nacido con los padres comitentes fallecidos, pudiendo ser inscrita la filiación por los familiares de estos. Con todo, un supuesto que no contempla la norma es la posibilidad de hacer uso de este tipo de técnicas una vez fallecidos los padres comitentes cuando su propio material genético no haya sido todavía trasferido a la mujer gestante. Supuesto que se produjo en China y por el que en diciembre de 2017 cuatro abuelos dieron la bienvenida a su nieto³⁵.

En nuestra opinión, pese a que se llegara a regular la maternidad subrogada, supuestos como el indicado deberían quedar excluidos de la norma. Para que fuera posible, primero deberían haber prestado los padres comitentes su consentimiento en vida en el mantenimiento y utilización de los gametos post-mortem. No obstante, la propia validez de dicho consentimiento es sin duda cuestionable. No puede equipararse el consentimiento de uno de los padres en favor del otro al consentimiento en favor de otros familiares, más o menos cercanos en grado de parentesco. En estos casos el futuro hijo o hijos nacerían sin padres, pese a la existencia de vínculo paternofilial por consanguinidad. Además, tal como está redactada la Proposición de Ley, salvo ascendientes menores de 45 años no podrían solicitar la puesta en práctica de esta técnica de reproducción, lo que no excluye a otros parientes, como los hermanos de los fallecidos. A este respecto, no consideramos que la mayor flexibilidad de la legislación en favor de la protección de la autonomía de la voluntad en materia de familia deba extenderse más allá de quienes en vida aporten su material genético y otorguen su consentimiento libre e informado para la realización de esta práctica. De este modo, se comprometen a responsabilizarse de la patria potestad del hijo o hijos nacidos.

Otro supuesto ponderable sería la posibilidad de que el o los fallecidos hubieran otorgado su consentimiento como donantes de los gametos en favor de un familiar. Supuesto que no está exento de controversia, ya que en ese caso el interesado en ser padre o madre debería recurrir a las disposiciones previstas en el capítulo segundo de la Ley 14/2006 en lo relativo a donantes de gametos sexuales.

modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pp. 261-316. En opinión de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 46, la intención de ser padre tiene un valor, y el compromiso social no está ausente de nuestras instituciones jurídicas más antiguas. FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley Derecho de familia*, 2014, p. 3, afirma que, en la filiación, el proyecto de paternidad responsable debe anteponerse al mero dato biológico. El Derecho ha de desarrollar una herramienta rodeada de garantía que permita prestar atención a cada caso concreto, como ocurre en la adopción. Hecho que solo puede tener lugar por medio de un marco jurídico adecuado en el que la maternidad subrogada se construya a partir de un contrato que servirá de base al proyecto de paternidad responsable.

³⁵ <https://www.elconfidencial.com>

Respecto al Registro Nacional de Gestación por Subrogación, regulado en el capítulo cuarto, se prevé su adscripción al Registro Nacional de Donantes, previsto en la Ley 14/2006. En él deberán inscribirse las mujeres que deseen ser gestantes, y cumplan los requisitos señalados en la Ley, los progenitores subrogantes, así como los contratos formalizados.

Los centros y servicios autorizados para llevar a cabo la gestación subrogada, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo quinto, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios y se regirán por la legislación de sanidad estatal y autonómica. Asimismo, los procedimientos de gestación deberán cumplir las disposiciones de la Ley 14/2006.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, regulada en el capítulo sexto, será la competente para asesorar orientar e informar sobre el derecho a poner en práctica esta técnica, así como de las técnicas de reproducción complementarias.

Finalmente, en el capítulo séptimo, se regulan las infracciones y sanciones. Las infracciones en esta materia serán objeto de sanciones administrativas, previa instrucción del expediente correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudiesen concurrir. Las infracciones serán calificadas de leves (multa de hasta 1.000 euros), graves (multa desde 1.001 hasta 10.000 euros) o muy graves (desde 10.001 hasta un millón de euros), pudiendo adoptarse en los dos últimos casos medidas cautelares.

De todo lo expuesto podemos advertir que la regulación de una materia tan controvertida como la analizada no es una tarea sencilla, lo que no ha impedido valorar la revisión de su absoluta prohibición³⁶. Además, se admita o rechace la práctica en nuestro ordenamiento, no es fácil cuestionar que las decisiones tomadas sobre su regulación en otros países, algunos de ellos más adelantados que el nuestro, se hayan llevado a cabo sin un riguroso estudio y mediante un proceso de consulta médica y jurídica que las asista. En todo caso, como indicaba el Comité de Bioética, ha de evitarse que la legislación más permisiva sea la que fije el nivel de protección de los derechos de la mujer gestante y de los menores.

La complejidad en la regulación de esta materia tiene un claro reflejo en la Ley 25/2016 referente a la gestación subrogada que fue aprobada en Portugal y que está en vigor desde diciembre de 2017. Una Ley joven que en determinados aspectos se aleja del contenido analizado en la Proposición de Ley española. La Ley portuguesa acoge límites dispares para el posible ejercicio de la gestación por sustitución. Así, entre otros, el recurso a dicha práctica es de carácter excepcional en los casos en que la mujer no tenga útero o en caso de que lo tenga sea disfuncional. Además,

³⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012, p. 12, entiende que el problema de fondo que ha de ser afrontado en nuestro ordenamiento es la revisión de la radical prohibición de la maternidad subrogada, tal y como está ocurriendo en otros países de nuestro entorno, pero no mediante “ocurrencias coyunturales” e irreflexivas de incierto futuro.

solamente podrán ser beneficiarios de este tipo de prácticas parejas heterosexuales y homosexuales femeninas que estén casados o vivan como tal. De este modo, quedan excluidos los hombres y mujeres solteros, así como las parejas homosexuales masculinas.

La Ley portuguesa también difiere de la Proposición española, en cuanto a los requisitos de la mujer gestante, en que solo prohíbe que una mujer sea gestante en caso de que exista una relación laboral o de subordinación económica con uno o ambos futuros padres, por lo que podría admitirse que una mujer con vínculos de consanguinidad con los padres comitentes gestara a su hijo o hijos. Por último, respecto a los padres comitentes, es necesario que al menos uno de ellos aporte carga genética (óvulos o espermatozoides), no pudiendo provenir ambos gametos de donante.

Cabe señalar que la legislación portuguesa no ha estado exenta de crítica, de hecho, recientemente el Tribunal Constitucional portugués ha declarado nulo parte de su contenido al considerar que determinados puntos de la Ley violan algunos principios y derechos constitucionales. Ello pese a que no se entienda que la Ley viole la dignidad de la gestante y del bebé nacido de esta práctica, ni el deber del Estado de protección de la infancia. Con todo, los jueces han señalado que la decisión no tendrá efectos en los procesos de gestación subrogada ya autorizados por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida.

Los fundamentos en los que se basa el TC portugués son: 1. Imposibilidad de que la mujer gestante se arrepienta de su decisión inicial, lo que impide el pleno ejercicio de su derecho al desarrollo de la personalidad, 2. Indeterminación de los límites legales, lo que provoca demasiados vacíos sobre las condiciones del embarazo que serán negociables entre los contratantes, 3. Indeterminación de la filiación en caso de que el contrato fuera declarado nulo, 4. Restricción a los derechos de identidad personal y desarrollo de la personalidad, por lo que el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides, así como el de la madre gestante, ha de ser censurado.

IV. CONCLUSIONES

Primera. El diferente tratamiento legal de la maternidad subrogada en los distintos países ha supuesto, en los últimos años, un incremento del llamado “turismo reproductivo”. Esta realidad evidencia las dificultades jurídicas a las que se enfrentan los Estados con normas prohibitivas, respecto a esta técnica de reproducción, al valorar las inscripciones de las filiaciones obtenidas por sus nacionales en países donde se permite esta práctica. Circunstancia que ha dado lugar a planteamientos favorables a una posible revisión de las normas prohibitivas, así como al alcance que debería tener su modificación.

Segunda. La prohibición en España de la maternidad subrogada da lugar a una contradicción jurídica entre la práctica administrativa y la doctrina jurisprudencial respecto a la admisión de la inscripción de filiaciones obtenidas en el extranjero a

través de esta forma de gestación. Contradicción que parece más teórica que práctica en cuanto que en ambos casos se permite alcanzar la inscripción a través de diferentes vías, incluso con apoyo en la propia norma prohibitiva. Ello ha justificado, en aras de la seguridad jurídica, posturas favorables al estudio de una modificación de nuestro ordenamiento jurídico en un doble sentido: 1. Flexibilizar las normas en favor del reconocimiento de la maternidad subrogada altruista, siempre con la salvaguarda del derecho superior del menor y el respeto a la dignidad de la mujer gestante, 2. Endurecer la regulación legal al objeto de dar efectividad a la calificación jurídica de nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos mediante la extensión de su alcance y la inclusión, en su caso, de medidas sancionadoras.

Tercera. La entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil español, aunque no resuelve la problemática existente en torno a la maternidad subrogada, ya que su objeto es la ordenación jurídica del Registro Civil, podría relativizar la postura de los tribunales en lo referente a considerar las inscripciones de filiación obtenidas mediante esta práctica como un fraude de ley y, por consiguiente, contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Ello debido a que el cumplimiento de los requisitos fijados dará respuesta a una norma legal de igual rango jerárquico que la Ley 14/2006, lo que supondrá, en la práctica registral, la inaplicabilidad, que no derogación, del art. 10 de dicha Ley. Consideraciones las anteriores que no suponen entender la vigencia de la Ley como un paso previo a la legalización de los contratos de gestación por sustitución.

Cuarta. Pese al mantenimiento de la nulidad de los contratos de maternidad subrogada no se puede desconocer la plural realidad jurídica que de ella se da en las normas de los diferentes países, ni tampoco la utopía que representa una pretendida regulación con validez universal de esta técnica de reproducción asistida. Esta situación aconseja, huyendo de prejuicios subjetivos en favor o en contra de la maternidad subrogada, abordar el estudio, en nuestro ordenamiento jurídico, de una modificación de la Ley 14/2006 que contenga una ordenación más completa e integral de la materia. En este sentido, si la intención es seguir manteniendo la nulidad de estos contratos, la efectividad de tal determinación reclama de otras decisiones en materia de control, y en su caso sanción, de estas prácticas y de quienes las promueven o facilitan. Ello en el marco de una adecuada coordinación legal entre la norma que regula la maternidad por medio de técnicas de reproducción asistida y la norma que regule las reglas de inscripción de las resoluciones judiciales o documentos extranjeros.

Quinta. La maternidad subrogada no solo pretende dar respuesta a los impedimentos fisiológicos de concebir sino también a los nuevos modelos de familia. En este sentido, el vínculo biológico parece ceder a la voluntad procreativa de los padres comitentes. Sin embargo, no pueden desconocerse los riesgos que esta práctica puede suponer en los derechos fundamentales de las partes intervinientes. Es obligado impedir cualquier indicio de mercantilización o comercialización del proceso, y de esta forma proteger la dignidad, igualdad y libertad de todas las partes intervinientes. En todo caso, debe evitarse una situación de hecho que suponga dejar sin aplicación normas legales vigentes en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos made California”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2009.

- “Paradojas de la vida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2014.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015.

CASADO BLANCO, M. Y IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M.: “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”, *Revista española de medicina legal*, 2014.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)” en AA.VV.: *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (coord. por G. Conte y S. Landini), Universitas Studiorum, 2017.

- “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010.

DURÁN AYAGO, A.: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014 Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 2014.

FARNÓS AMORÓB, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2010.

FLORES RODRÍGUES, J.: “Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco”, *La Ley. Derecho de familia*, 2014.

GARCÍA PRESAS, I.: “El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, en AA.VV.: *Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanitas Siglo de Oro e Hispanismo general* (coord. V. MAURYA Y M., INSÚA CERECEDA), Pamplona, Publicaciones digitales del GRISO/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2011.

LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012.

- “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2012.

- “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014.

- “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016.

LAMM, E., RUBAJA, N.: “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, núm. 37, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, *The family watch. Instituto Internacional de Estudios sobre la familia*, 2017.

NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I., Y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.

PEREÑA VICENTE, M.: “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México*, 2012.

PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 2010.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014.

SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012.

TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “No se puede inscribir en el registro civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento”, *Revista de Derecho de Familia*, 2011.

- “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

- “Propuesta del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1). A propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011.

- “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012.



EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA LA
INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS
MENORES. ESPECIAL REFERENCIA AL FENÓMENO DEL
SHARENTING

*THE CONSENT REGIME FOR INTRUSIONS IN MINORS PERSONALITY RIGHTS.
PARTICULAR REFERENCE TO THE SHARENTING PHENOMENON*

JULIA AMMERMAN YEBRA
Investigadora predoctoral de Derecho civil
julia.ammerman@usc.es

RESUMEN: Este trabajo analiza las consecuencias que, en el ámbito de la responsabilidad civil, puede acarrear la publicación en las redes sociales de imágenes de menores por parte de sus progenitores, práctica bautizada recientemente como *sharenting*. Prestamos especial atención al significado de “intromisión ilegítima” y al régimen de prestación del consentimiento para dicha intromisión cuando se trata de derechos de la personalidad de los menores. Concluimos que más pronto que tarde los Tribunales tendrán que lidiar con demandas contra aquellos progenitores que, con tal práctica, vulneren los derechos de la personalidad de los menores.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad, consentimiento, menor, *sharenting*.

ABSTRACT: This paper analyses the ensuing consequences, in terms of liability, which parents might incur in when sharing their children’s images in social media, the recently so-called *sharenting*. We specifically address the meaning of “illegitimate intrusion” and the consent regime for this intrusion when minors’ personality rights are affected. We conclude that sooner rather than later, Courts will have to deal with claims due to infringement of minors’ personality rights as a result of this growing phenomenon.

KEY WORDS: personality rights, consent, minor, *sharenting*.

FECHA DE ENTREGA: 12/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO “INTROMISIÓN ILEGÍTIMA” EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CASOS DE SHARENTING.- III. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA INTROMISIONES EN SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- IV. LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR Y ACCIONES POSIBLES.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del *sharenting*¹ alude a la cada vez más frecuente práctica por la cual los progenitores comparten en las redes sociales todo tipo de información personal, especialmente fotografías, de sus retoños. Con ello comienzan a crear una identidad digital de los menores a veces incluso antes de su nacimiento, mostrando a todo aquel que acceda a su cuenta los logros y desencuentros de sus hijas e hijos. Lo harán normalmente sin el consentimiento de los menores, acusadamente cuando son de corta edad, y en su doble posición tanto de representantes legales y por tanto garantes de los derechos de la personalidad de los menores, como de narradores de las historias personales de estos.

No obstante, que en el sistema español no sean los menores los que prestan el consentimiento podría ser discutible. Como es sabido, en virtud del art. 154 CC los progenitores ostentan la patria potestad y por tanto la representación legal de sus hijos, pero ello no implica que el menor quede excluido de toda decisión. De hecho, en materia de derechos de la personalidad la regla es en principio la contraria. Así, el art. 162.2. 1º CC establece que se exceptúan de la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.” Como comentaremos más adelante, este precepto ha sido objeto de reforma por la ley 26/2015², añadiéndose un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en estos casos en los que el menor tenga madurez suficiente, inciso con el que ya adelantamos no estar de acuerdo por su posible incompatibilidad con lo dicho en el art. 3 LO 1/1982³. Precisamente este último artículo dispone que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, sin establecer por tanto más requisitos que haber alcanzado una capacidad natural tal que le permita comprender el acto para el que consiente.

Por otra parte, conviene dejar claro que no dudamos de las buenas intenciones con

¹ La palabra anglosajona *sharenting* proviene de la fusión del término *share* (compartir) y *parenting* (crianza o, como se denomina recientemente por influencia del término anglosajón, parentalidad).

² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29/07/2015).

³ LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 14/05/1982).

las que la mayoría de los progenitores compartirán digitalmente los datos y fotografías de los menores. Pero en algunos casos podremos encontrarnos con conductas que constituyan intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de los menores y que no pueden quedar amparadas por el mero hecho de ser sus representantes legales quienes las lleven a cabo. Así, veremos que el ordenamiento jurídico español prevé determinadas garantías, cristalizadas tanto en la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal, al que se le encomendará la tarea de defender los derechos de los menores cuando haya conflictos entre los intereses de estos y los de sus representantes legales, como en la posibilidad de interposición de las acciones de cesación, indemnización de daños e incluso de enriquecimiento sin causa, previstas en el art. 9 LO 1/1982.

II. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO “INTROMISIÓN ILEGÍTIMA” EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CASOS DE *SHARENTING*

El art. 2 LO 1/1982 establece que la protección de los derechos de la personalidad “quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Por tanto, este artículo contiene los parámetros generales para medir si una intromisión se considera o no ilegítima: las leyes, los usos sociales y los propios actos que realice la persona delimitarán la protección que se dé a estos derechos. Ello quiere decir que no toda práctica de *sharenting* la entenderemos como intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor, pues en especial los usos sociales han modelado el concepto de privacidad que tenemos tanto de nuestra imagen como de determinados aspectos de nuestra intimidad personal y familiar.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la SAP de Lugo, 57/2017⁴, aunque se refiere a la reclamación que plantea la madre de unos menores contra su abuela (a su vez madre de la primera), nos sirve de ejemplo de cómo los usos sociales pueden determinar que una cierta conducta sea o no constitutiva de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de los menores. En este caso la madre y demandante entendía que se estaban vulnerando los derechos a la intimidad y propia imagen de sus hijos al publicar la abuela fotos y comentarios de ellos en la red social *Facebook*. Aunque la sentencia termina estableciendo que no se ha producido una vulneración de dichos derechos, reconoce que la cuestión litigiosa puede llevar a duda no solo por su novedad, sino también por la falta de regulación de las redes sociales en este tema y la concurrencia del interés superior de los menores en preservar sus derechos fundamentales. Basa su razonamiento para negar tal vulneración en que hubo una falta de prueba de que el acceso a la cuenta de *Facebook* de la abuela fuese público, por lo que solo accedían a las fotografías y comentarios un círculo íntimo de familiares y amigos. Esta actuación de la abuela entiende el tribunal que se adecúa “a los usos sociales cada vez más extendidos de la publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados”. Así y todo, la sentencia aclara que la

⁴ FJ 4º SAP Lugo, secc.1ª, 15 febrero (JUR 2017, 82242).

conclusión a la que habrían llegado los magistrados habría sido diferente “si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario”.

Por ello, la referencia a los “usos sociales” no deja de ser relevante⁵. Que haya intromisión o no podrá depender no solo del tipo de información subida a las redes sociales, sino también de las configuraciones de privacidad sobre el público que accede a dicha información, de la permanencia temporal o no de las fotografías, e incluso del uso que posteriormente haga el propio menor de su identidad, ya sea a la edad de 14 años o una vez alcanzada la mayoría de edad.

Decimos 14 años por la manera en que podrá influir la regulación sobre protección de datos en el tema aquí tratado. Visto que en el *sharenting* la práctica más usual será compartir imágenes de menores, y teniendo en cuenta que la imagen es un dato de carácter personal según el art. 5.1 f) del actual Reglamento de desarrollo de la LOPD⁶, nos encontramos con que, según su art. 13, los mayores de 14 años podrán consentir sobre el tratamiento de sus datos personales “*salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela*”. Esta regulación previsiblemente se modificará a la luz del ya aplicable (desde el 25 de mayo de 2018) Reglamento (UE) 2016/679⁷, cuyo art. 8 considera lícito el consentimiento prestado por menores cuando tengan la edad mínima de 16 años, pero permitiendo a los Estados miembro reducir a 13 años dicha edad. Así, el legislador español parece haber optado por esta reducción, como se deriva de la lectura del art. 7 del Proyecto de LOPD⁸. La doctrina había señalado, todavía vigente la anterior redacción de la ley, que la norma reglamentaria sobre consentimiento de los mayores de 14 años debería dejarse sin efecto, pues se excedía de lo que decía la ley que desarrollaba, y además no estaba en consonancia con lo dicho por el art. 162.2.1º CC⁹. No obstante, si finalmente se aprueba el proyecto de LOPD, la situación cambiará, pues ya no nos encontraremos ante una mera norma

⁵ DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 122-124 defiende la utilidad de este criterio para adecuarse a lo que en cada momento la sociedad considerase una intromisión ilegítima. Los define como “aquellos comportamientos relativos al contenido del derecho y sus límites que la sociedad siente como legítimos en cada momento y lugar”.

⁶ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁷ REGLAMENTO (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE 04/05/2016).

⁸ Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (BO Congreso de los Diputados, 18/04/2018). Su artículo 7 dice: “1. *El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de trece años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.* 2. *El tratamiento de los datos de los menores de trece años sólo será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela*”.

⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.11, 2016, p. 22.

de desarrollo, sino ante la propia Ley de Protección de Datos, además amparada por un Reglamento de la Unión Europea. Pero como veremos a continuación, la LO 1/1982 no hace depender de ninguna edad en concreto, sino de la madurez del menor, la prestación del consentimiento en actos que tengan que ver con sus derechos de la personalidad. Es por ello que algún autor, con el que concordamos, entiende que esta previsión del actual Reglamento de desarrollo de la LOPD pierda eficacia respecto de datos íntimos e imágenes que podrían resultarle comprometidas, si se entendiese que aun teniendo 14 años no reunía las condiciones de madurez suficiente (exigidas por el art. 3 LO 1/1982 y por el art. 162.2.1º CC)¹⁰.

III. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA INTROMISIONES EN SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Siendo el objetivo de los derechos de la personalidad hacer efectivos los valores dignidad y personalidad, resulta indiscutible que todo menor de edad es titular de los mismos, pues toda persona, por el mero hecho de serlo, los ostenta (entre otros, art. 18 de la Constitución Española, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 4.1 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor)¹¹. Estos derechos, además, son inherentes a la persona, por lo que en principio solo son ejercitables por su titular, sin que quepa la representación. Cuestión diferente será que los representantes legales del menor deban completar su capacidad en determinadas situaciones en donde lo que esté en juego sea el ejercicio, que no la titularidad, de estos derechos. La patria potestad derivada del art. 154 CC permite a sus titulares la representación legal de los hijos, esto es la sustitución en su toma de decisiones y en sus actuaciones jurídicas. No obstante, ello no implica que el menor quede excluido de toda decisión, de hecho en materia de derechos de la personalidad, como ya dijimos, la regla es precisamente la contraria: según el art. 162 CC quedan excluidos de la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. Como hemos expuesto, la redacción del este párrafo 1º del art. 162.2 ha sido la dada por la Ley 26/2015¹², añadiéndose un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en estos casos en donde el menor tenga madurez suficiente. Con anterioridad a la reforma, el artículo estaba formulado de forma más extensa, quedando excluidos de la representación de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por tanto, se puede decir que la excepción estaba prevista con mayor amplitud, permitiéndose también “otros actos”, no solo los de los

¹⁰ GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 43.

¹¹ ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 216, citando a Campbell, dice que “una cuestión elemental, a menudo olvidada, es que los niños son personas”.

¹² Concretamente, es el art. 2, apartado 12 de la ley 26/2015 el que modifica el art. 162 CC.

derechos de la personalidad¹³.

Sobre el nuevo inciso que prevé la intervención de los representantes legales incluso en los supuestos en donde el menor actúa de forma madura, entendemos, al igual que lo hace parte de la doctrina, que esta restricción a la capacidad de obrar –que en todo caso debe verse como mera asistencia pero no como una verdadera representación– podría entrar en colisión con lo dicho en el art. 3 LO 1/1982¹⁴. Según este artículo, “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, sin establecer por tanto más requisitos que haber alcanzado una capacidad natural tal que le permita comprender el acto para el que consiente¹⁵. Esta norma prevalecería sobre la de Código civil por aplicación del principio de competencia.

Por otra parte, la literatura jurídica se ha preguntado si el consentimiento previsto en el art. 3 LO 1/1982 se refiere solo a actos de mera autorización o permiso para la intromisión, o también englobaría actos en donde haya un verdadero consentimiento contractual¹⁶. Desde nuestro punto de vista –siguiendo a la mejor

¹³ SEISDEDOS MUÑO, A.: *Código civil comentado* (art. 162), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 822 trata de encontrar una explicación en una enmienda que el Grupo Parlamentario Popular del Senado hizo al art. 162.1, y que se trataría de dejar claro que solo en los actos relativos a los derechos de la personalidad, y no en otros, puede quedar excluida la representación de los progenitores. Pero como acertadamente señala la autora, son muchos los actos en donde los menores no emancipados gozan de suficiente capacidad. También VARELA CASTRO, I.: “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2188, mayo 2016, p.54, se muestra muy crítico con la reforma, entendiéndolo que la anterior redacción resultaba más aperturista que la que mantiene el nuevo tenor del precepto. Defiende que se debería modificar nuevamente este artículo, a los efectos de que recogiese la regla de capacidad de obrar del menor, para que pudiese realizar, siempre en satisfacción de su beneficio, no solo los derechos de la personalidad, sino también los actos que la ley expresamente le permita celebrar y aquellos otros actos que conforme a sus condiciones de madurez y usos sociales, pudiese realizar por sí mismo.

¹⁴ SEISDEDOS MUÑO, A.: *Código*, cit., p. 826. VARELA CASTRO, I.: “El interés”, cit., p. 50, argumenta que dicha previsión no debería permitir en todo caso una fiscalización de los asuntos del menor en ejercicio de sus derechos de la personalidad cuando actúa de forma madura y en aras de su interés. Por su parte, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 4 entiende que el propósito del legislador no ha sido restringir la capacidad de obrar de los menores de edad sino aclarar cuál debe ser la actuación de los progenitores (tuitiva y no limitadora).

¹⁵ La explicación la encontramos, según PARRA LUCÁN, M.A. Y ARENAS GARCÍA, R.: “Minoría de edad”, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, (dirigido por GETE ALONSO Y CALERA, M.C.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 604, en que el Derecho no solo reconoce capacidades especiales a partir de ciertas edades (por ejemplo, otorgar testamento a los 14 años), sino que en ciertos casos en vez de fijar determinadas edades se remite a “la capacidad natural, al juicio, a la madurez del menor”.

¹⁶ Por todos, *vid.* VENDRELL CERVANTES, C.: *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 318-325, quien resume las tres posturas existentes en la doctrina, a saber: aquellos que entienden que, independientemente de que la intromisión se articule o no por medio de un contrato, serán de aplicación las reglas del art. 3 LO 1/1982; unos segundos que entenderían que el art. 3 LO 1/1982 solo se aplicaría a supuestos extracontractuales; y una tercera postura en la que se incluye el autor, y que solo utilizaría el art. 3 LO 1/1982 para supuestos

doctrina, que parte de que el concepto de persona que asumieron los Códigos civiles decimonónicos como el español (noción que se caracterizaba por sus notas de funcionalidad, abstracción y patrimonialidad), ya ha sido superada, gracias tanto a las Declaraciones de Derechos Humanos como a constituciones como la española que, consagrando el valor supremo de la persona y la dignidad humana, obligan a reinterpretar las normas civiles de acuerdo con esos parámetros¹⁷— entendemos que el art. 3 LO 1/1982 se refiere tanto al consentimiento prestado en sede contractual, como al de mera autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad. Y ello porque toda disposición de estos derechos, aunque tenga un fuerte componente comercial, no deja de repercutir en la personalidad del individuo, y por tanto en su dignidad, motivo por el que no nos parecen dissociables el ámbito patrimonial y el personal. Así, en caso de que el menor consienta por medio de un contrato¹⁸—y siendo aplicable el art. 1263 CC, que permite que los menores no emancipados puedan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes los contratos que les permitan las leyes¹⁹, lo que entendemos que es remisión a lo previsto en los arts. 3 LO 1/1982 y 162.2.1º CC—, resultará aplicable, como ya dijimos, el criterio de la madurez, por lo que si un menor reúne los requisitos de capacidad natural para realizar tal contrato, este será válido sin necesidad de ningún tipo de asistencia complementaria.

En caso de que no concurra el grado de madurez necesario, el art. 3.2 LO 1/1982 dispone que “el consentimiento (del menor) habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”. No obstante, según reconoce la propia Fiscalía en su Instrucción 2/2006²⁰, esta previsión se cumple rara vez, y de

en donde esté en juego el derecho fundamental de imagen, dejando para la regulación del CC los supuestos que cayesen dentro del llamado “derecho patrimonial de imagen”.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, M.P.: “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 13, 2013, p. 88.

¹⁸ Cuando se abre una cuenta en una red social se aceptan determinadas condiciones del servicio, lo que permite que podamos calificar la relación como contractual. La red social *Facebook*, por ejemplo, tiene como una de sus condiciones que el usuario conceda una licencia de uso sobre el contenido compartido: “En concreto, cuando compartes, publicas o subes contenido que se encuentra protegido por derechos de propiedad intelectual (como fotos o vídeos) en nuestros Productos, o en relación con ellos, nos concedes una licencia mundial, no exclusiva, transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir tu contenido, así como para crear contenido derivado (de conformidad con tu configuración de privacidad y de la aplicación). [Consultado en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> el 30/05/2018].

¹⁹ Cabría preguntarse qué eficacia tendría aquel consentimiento prestado tanto por el menor como por sus representantes legales (habría, por tanto, un doble consentimiento), cuando el contrato se proyecta sobre una época en la que el menor traspasa la barrera de la mayoría de edad. Sobre esta cuestión, OTERO CRESPO, M.: “Imprudencia de la nulidad contractual por infracción de normas ¿administrativas?”, *Revista Xurídica Galega*, 2º trimestre, 2009, núm. 63, pp. 145-146, quien se plantea si resultaría necesaria o adecuada una renovación del consentimiento contractual ya como mayor de edad. Concluye que nada impediría una prórroga tácita del contrato que, de no considerarse inválida, vincularía al menor para cuando sea mayor, proyectándose ambos consentimientos, lo que no dejaría de ser anómalo.

²⁰ Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

hecho se exhorta a los fiscales a abstenerse de utilizar este incumplimiento para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor²¹.

Pero ante situaciones de desprotección de los menores, como podría ser el caso del *sharenting*, sí que se indica en la Instrucción la necesidad de actuación de la fiscalía, cuestión que analizaremos a continuación.

IV. LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR Y ACCIONES POSIBLES

Ante la pregunta de si los progenitores serán responsables civilmente del daño ocasionado negligentemente a sus hijos menores, hoy buena parte de la doctrina responde afirmativamente²². Concretamente, en el Derecho comparado ya vemos voces que advierten de los peligros del *sharenting* y de la responsabilidad de los padres cuando, aunque sea inintencionadamente, compartan contenidos online que puedan causar daños a sus hijos²³. En especial, es la doctrina anglosajona la que está señalando los riesgos que puede suponer para los menores que se antepongan los intereses de los padres a los suyos, proponiendo que se limiten ciertas prerrogativas parentales a favor de una mayor capacidad decisoria de los menores²⁴.

A su vez, la jurisprudencia española está dando pasos –aunque por ahora pequeños, al igual que en otros países²⁵– en la dirección de reconocer esta responsabilidad por

²¹ Para un análisis sobre el contenido de la Instrucción 2/2006, *vid.* MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 2008, pp. 1-17, quien ve como muy positivas ciertas aportaciones de la instrucción, como que de una parte se acentúe la necesidad de que los fiscales actúen ante situaciones de desprotección de los menores y, de otra, se pida la máxima prudencia cuando no exista desamparo aparente por estar los representantes legales desempeñando con normalidad sus facultades como tales.

²² Así, ROCA TRÍAS, E.: “Familia”, *cit.*, p. 539-540, “el principio general de responsabilidad civil contenido en el art. 1902 CC, según el cual quien causa daño a otro debe repararlo, se aplica en el ámbito de las relaciones familiares, por lo que no existe inmunidad”. El fundamento lo encuentra la autora, opinión que compartimos, en que para ella la familia no puede considerarse como una realidad en sí misma, sino como un instrumento al servicio del individuo. Ello explica el porqué de que existan zonas de responsabilidad entre familiares, pues el Estado protege los derechos de los individuos frente a todos, incluidos familiares. También VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 345, quien entiende superados los perjuicios que excluían del ámbito familiar la responsabilidad civil.

²³ STEINBERG, S.B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media”, *Emory Law Journal* n.66, 2017, p. 843.

²⁴ Así lo ven DAILEY, A. Y ROSENBURY, L.: “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 127, 2018, p. 1502, quienes proponen un cambio a nivel constitucional que garantice una mejor protección del interés del menor. Más moderada se muestra BRAT, C.: “Top-Down or from the Ground?: A Practical Perspective on Reforming the Field of Children and the Law”, *The Yale Law Journal Forum*, 127, 2018, pp. 917-841.

²⁵ STEINBERG, S.B.: “Sharenting”, *cit.*, p. 856, señala que los tribunales norteamericanos siguen siendo reticentes a declarar responsables a los padres por estas causas: “*Courts have shown reluctance to grant children privacy rights in the context of family life. Even when a court recognizes a child's reasonable expectation of privacy, the court often places higher value on the interests of the parent, family, and the state in exercising control over the minor child*”.

vulneración de derechos de la personalidad. Así lo señala la ya citada SAP Lugo, 57/2017 al establecer que “incluso se ha abierto un debate en países de nuestro entorno, como Francia, en el que se habla de conceder legitimación a los menores para que, una vez alcanzada tal edad, puedan ejercitar las acciones por vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen contra sus progenitores o familiares que hayan publicado fotografías o comentarios en las redes sociales durante su minoría de edad” (vid F.J. 4º).

La legitimación para reclamar corresponderá al hijo cuando alcance la mayoría de edad, o al Ministerio fiscal cuando el hijo aún sea menor y no reúna los requisitos exigidos por el art. 7 LEC para comparecer válidamente en juicio, motivo por el que el ministerio público podrá actuar en su nombre²⁶. De hecho, esta previsión de actuación por parte del Ministerio fiscal se hace explícita en el art. 4.4 LOPJM, pudiendo actuar tanto “de oficio como a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública”²⁷. Por tanto, cabría la posibilidad de que, ante la vulneración de los derechos de la personalidad del menor por parte de sus padres, cualquier usuario que viese tales contenidos en la red social pudiese denunciar la actuación a los efectos de que actuase el Ministerio público.

También procede la legitimación a uno de los progenitores en representación del menor cuando sea el otro progenitor quien practique el *sharenting* sin consentimiento ni del primero ni del hijo. De hecho, esta es una situación más típica que la anterior y que ya ha sido resuelta por nuestros tribunales, en el sentido de que se deberá recabar consentimiento de ambos progenitores²⁸.

Respecto a las acciones, entendemos que cabrá interponer, en primer lugar, la acción de cesación, prevista en el art. 9.2 a) LO 1/1982, solicitando el cese inmediato de la intromisión, que en casos de *sharenting* consistirá en la retirada de las fotografías de los menores o comentarios en cuestión. Mientras que si lo que se quiere es evitar intromisiones futuras, será aplicable el art. 9.2 b) LO 1/1982.

También procederá, desde luego, la acción de indemnización de daños –prevista en el art. 9.2 c) LO 1/1982, norma que en opinión de destacada doctrina debe interpretarse a la luz de la propia LO 1/1982, y solo supletoriamente según las

²⁶ De conformidad con lo dispuesto en el art. 7 LEC, “1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (...)”.

²⁷ La propia exposición de motivos de la LO 1/1996 explica que con la referencia a los derechos al honor, intimidad e imagen del menor en el art. 4 de la ley, lo que se pretende es “proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación *incluso por sus propios representantes legales* o grupos en que se mueve” (la cursiva es nuestra).

²⁸ SAP Alicante, secc. 6ª, 13 diciembre (JUR 2017, 42095), dispone que “ambos progenitores deberán intervenir necesariamente en la publicación de la imagen del menor en redes sociales del tipo Facebook, Twitter o Instagram (no pudiendo tampoco ser publicadas por un tercero con el consentimiento de uno solo de los progenitores) incluso aunque dicha fotografía corresponda a una actividad realizada durante el tiempo en que el progenitor no custodio disfruta del régimen de visitas establecido con el menor y es publicada en su perfil social”.

normas de los arts. 1902 y ss. CC²⁹ – y cuyo perjuicio resarcible será, en la mayoría de los casos de *sharenting*, de índole moral, por publicación de fotografías de las que quepa derivar algún tipo de perjuicio. No obstante, en casos como el llamado “DaddyOFive”, en el que unos progenitores estadounidenses disponían de un canal de YouTube con el que mostraban las bromas de mal gusto que les hacían a sus cinco hijos, y que normalmente acababan en lloros y autolesiones, entendemos que se podrán recuperar además los lucros obtenidos con ese canal. De darse este caso, nos encontraríamos con el problema de cuál sería el valor recuperable³⁰, pero que en todo caso entendemos que correspondería a los hijos.

Por último, en los casos más graves, se podría llegar a suspender o privar de la patria potestad, cosa que sucedió respecto de dos de los hijos del citado caso “DaddyOFive”. En nuestro ordenamiento estatal la acción estaría fundada en el art. 170 CC, por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad³¹.

V. CONCLUSIONES

Actualmente los menores se ven sometidos a una sobreexposición en las redes sociales que muchas veces no deriva de su propia conducta, sino de la de sus progenitores. Normalmente estos compartirán la información de sus hijos e hijas de manera sensata y de acuerdo con los usos sociales de nuestro tiempo, amparados por su papel de representantes legales de los menores.

Pero frente a estos comportamientos “usuales” no debemos olvidar que son los menores los propios titulares de sus derechos de la personalidad, y que de acuerdo con los arts. 3 LO 1/1982 y 162.2. 1º CC son ellos quienes, cuando tienen la madurez suficiente, pueden ejercitar estos derechos. Es decir, que serán ellos quienes deban consentir sobre los datos proporcionados en las redes sociales cuando alcancen dicha madurez.

La Ley 26/2015 ha modificado el art. 162.2 1ºCC, añadiendo un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en los casos en donde el menor tenga madurez suficiente. Ello nos parece una limitación innecesaria que no solo contraviene el

²⁹ GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos de la Personalidad”, en *Tratado de derecho de la persona física*, (dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.), Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 626.

³⁰ GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos”, cit., pp. 628-630, señala que el dilema estaría en determinar si el valor recuperable sería la licencia que hubiera sido exigible, o bien las ganancias obtenidas por el intromisor, complicándose todavía más la cuestión cuando este derecho de la personalidad no pudiese ser comercializado. Los casos de *sharenting* con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil entendemos que se encuadrarían en este último supuesto, dado que entrarían en juego los derechos a la intimidad e imagen de menores que no han consentido que se comercie con ellos.

³¹ En los Derechos catalán y aragonés también encontramos normas que expresamente privan a los progenitores de la patria potestad (“autoridad familiar” según el derecho aragonés) en caso de incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Se trata de los arts. 236-6 del Código Civil Catalán, y 90 del Código de Derecho Foral de Aragón.

espíritu de la propia LO 1/1996, que pretende dotar de mayor autonomía al menor, sino también del propio art. 3 LO 1/1982, que nada dice sobre una posible intervención de los responsables parentales, limitándola a los casos en que el menor carezca de capacidad natural. Por ello, entendemos que será el menor el que, alcanzada una madurez suficiente, deba expresar su consentimiento para compartir en las redes sociales aquella información que afecte a sus derechos de la personalidad. Y en el caso de que sus progenitores no actúen de acuerdo con estas premisas, podrán ser responsables civiles del daño ocasionado negligentemente a sus hijos por la práctica del *sharenting*, quedando estos legitimados para interponer las acciones previstas en el art. 9 LO 1/1982 una vez alcancen la mayoría de edad, o bien mediante representación del Ministerio fiscal cuando todavía sean menores.

Por su relativa novedad quizá aún no percibamos la utilización de plataformas digitales como *Facebook*, *Instagram*, etc., que aún no han cumplido la década, como una vía expedita a la vulneración de los derechos de la personalidad de los menores por parte de sus progenitores, vulneraciones que podrían llevar a situaciones de *bullying* o usurpación de su identidad. Pero ello puede deberse a que todavía no ha transcurrido tiempo suficiente desde la creación de estas redes sociales. Aun así, la problemática ya se atisba en resoluciones como la comentada de la AP Lugo, 57/2017, por lo que creemos que más pronto que tarde comenzarán a proliferar casos en los que la práctica del *sharenting* pueda acarrear consecuencias perjudiciales para los menores.

BIBLIOGRAFÍA

BRAT, C.: “Top-Down or from the Ground?: A Practical Perspective on Reforming the Field of Children and the Law”, *The Yale Law Journal Forum*, núm. 127, 2018.

DAILEY, A. Y ROSENBURY, L.: “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 127, 2018.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos de la Personalidad”, en *Tratado de derecho de la persona física*, (dir. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.), Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 13, 2013.

MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 2008.

OTERO CRESPO, M.: “Improcedencia de la nulidad contractual por infracción de

normas ¿administrativas?”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009.

PARRA LUCÁN, M.A. Y ARENAS GARCÍA, R.: “Minoría de edad”, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, (dir. GETE ALONSO Y CALERA, M.C.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.

SEISDEDOS MUÑO, A.: *Código civil comentado* (art. 162), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

STEINBERG, S.B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media”, *Emory Law Journal* núm. 66, 2017.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VARELA CASTRO, I.: “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2188, 2016.

VENDRELL CERVANTES, C.: *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.



LA ESPECIAL CAPACIDAD DE TESTAR

THE SPECIAL ABILITY TO MAKE A WILL

BORJA DEL CAMPO ÁLVAREZ

Investigador pre-doctoral del área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo
campoborja.uo@uniovi.es

RESUMEN: La capacidad de obrar en el Derecho español es uno de los aspectos más relevantes para el Derecho Civil y el Derecho Privado en general. Es un tema de gran interés por su directa relación con el principio de autonomía de voluntad y cuya intensidad varía dependiendo del negocio jurídico en cuestión. Recientemente, el Tribunal Supremo ha estudiado la capacidad para disponer por testamento de una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente.

PALABRAS CLAVE: capacidad de obrar, testamento, Derecho Civil, Derecho Privado

ABSTRACT: *The ability to act in Spanish law is one of the most relevant aspects for Civil Law and Private Law in general. It is a subject of great interest because of its direct relationship with the principle of autonomy of will and whose intensity varies depending on the legal relation. Recently, the Supreme Court has studied the ability make a will of a person with the capacity to act judicially modified.*

KEY WORDS: *ability to act, will, Civil Law, Private Law*

FECHA DE ENTREGA: 30/05/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. STS 146/2018: PLANTEAMIENTO, RELATO FÁCTICO E ÍTER JURISPRUDENCIAL.- II. LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR MODIFICADA: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD Y ART. 665 CC.

I. STS 146/2018: PLANTEAMIENTO, RELATO FÁCTICO E ÍTER JURISPRUDENCIAL

La capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico español constituye un tema de gran importancia en las relaciones jurídico-privadas dada su innegable conexión con el principio de autonomía de la voluntad, recogido en el artículo 1.255 CC. Este principio no deja de constituir uno de los máximos exponentes de la capacidad de obrar.

Se trata, a su vez, de una cuestión sometida a muchas modulaciones y singularidades debido a las circunstancias propias de cada negocio jurídico. De esta forma, el legislador ha establecido ciertas previsiones en las que la exigencia sobre la plena capacidad de obrar en determinados negocios varía de forma notable¹.

Esta premisa viene quizás motivada por su deseo de proteger la voluntad del sujeto sin la interferencia de terceros, según las vicisitudes del negocio en cuestión. Así, por ejemplo, se establece una capacidad de obrar especial a efectos de testamento, matrimonio y adopción. Si bien conviene aclarar que, en estos supuestos, el parámetro sobre la capacidad de obrar es dispar².

Para el testamento (art. 662 y ss. CC) y el matrimonio (art. 46 y ss. CC) la exigencia sobre la capacidad es más laxa, si olvidamos el requisito de mayoría de edad que se impone para el caso del testamento ológrafo. En cambio, en lo referente a la adopción, los requisitos sobre la capacidad presentan un mayor nivel de exigencia (art. 175 y ss. CC).

El Tribunal Supremo ha tenido, muy recientemente, la oportunidad de abordar el tema de la capacidad de obrar testamentaria, al albur de un caso en el que la existencia de figuras tutelares aportaba cierta confusión al respecto. Por tanto, en la Sentencia 146/2018 de 15 de marzo (RJ 2018/1090) se analiza la interesante cuestión sobre la capacidad para disponer por testamento por una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente.

Antes de entrar en el fondo del asunto y examinar los razonamientos jurídicos hechos por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conviene hacer

¹ Cfr. BAYOD LÓPEZ, M.C.: “Capacidad para testar” en AA.VV.: *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento* (coord. por F. Lledó Yagüe, Dykinson), Madrid, 2011, pp. 9-30.

² Cfr. ROMERO COLOMA, A.M^a.: “Capacidad e incapacidad de para testar”, *Revista jurídica del notariado*, 2014, núm. 88-89, pp. 429-468.

referencia a los antecedentes de hecho y al íter procesal que ha seguido el caso para facilitar una mejor comprensión de la teorización y fallo del tribunal.

El 1 de diciembre de 1993 el Ministerio Fiscal presentó una demanda de declaración de incapacidad de D^a Eufrasia, otorgante del testamento y posterior causante, nacida en el año 1933. El 29 de diciembre de ese mismo año, D^a Eufrasia, soltera y sin hijos, otorgó testamento abierto en el que nombraba heredera a su prima, D^a Salomé.

Cabe destacar que tanto D^a Salome como su padre, D. Horacio, tío de D^a Eufrasia, la asesoraban habitualmente en las tareas para las que necesitaba asistencia. Dos años después, el 28 de octubre de 1995, el Juzgado dictó sentencia de modificación de la capacidad de obrar en la que se declara que D^a Eufrasia “es totalmente incapaz para la administración de sus bienes, debiendo adoptarse como régimen protector el de la curatela”.

La sentencia aprecia y considera que D^a Eufrasia padece “un retraso mental que si bien le permite desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacita totalmente para cuestiones de mayor complejidad, tales como la administración de sus bienes para lo cual la propia incapaz siempre delegó en otras personas”.

Este pronunciamiento fue aclarado por auto del Juzgado de 15 de noviembre de 1995 en el sentido de que “se establece que la incapaz (...) lo es para los actos de disposición de sus bienes, y no de administración, tal y como erróneamente figura en el fallo, permaneciendo los demás pronunciamientos de la misma”. La propia sentencia de modificación de la capacidad de obrar fue confirmada por la Audiencia Provincial por sentencia de 17 de julio de 1996.

El 15 de octubre de 2012, D^a Eufrasia otorgó nuevo testamento abierto en el que nombraba heredera universal a su prima D^a Salomé y legaba a D^a María Cristina, hija de la anterior, una finca de su propiedad. En el acto de otorgamiento del testamento, intervinieron dos facultativos que constataron y acreditaron la capacidad de D^a Eufrasia para disponer por testamento.

La otorgante falleció, en estado de soltera y sin descendencia, el 29 de octubre de 2012. De estos primeros datos del relato fáctico, cabe destacar la escasa distancia temporal entre la fecha de fallecimiento y la fecha de otorgamiento de testamento. Aunque, en este caso, esta cuestión carece, como podrá comprobarse en líneas posteriores, de relevancia.

Con fecha de 27 de mayo de 2013, D^a Rosalía y D. Fermín, hijos de D. José Carlos (único hermano de D^a Eufrasia, fallecido el 3 de marzo de 1986), interponen demanda contra D^a Salome y D^a María Cristina. Solicitan la declaración de nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por D^a Eufrasia, por no tener capacidad bastante para otorgarlos o, alternativamente, por no cumplir las formalidades de los testamentos.

A través de una demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación, se solicita textualmente que “se declare la nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y de 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia (...) al no tener D.^a Eufrasia capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización y cumulativamente o alternativamente los testamentos son nulos por no haberse observado las formalidades para su otorgamiento previstas en el Código Civil o la Legislación Notarial”.

Para apoyar sus pretensiones, la línea argumental de los demandantes gira en torno al convencimiento de que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual. Además, sobre el segundo de los testamentos otorgado por D.^a Eufrasia, añaden que, además, tenía modificada judicialmente su capacidad cuando lo otorgó.

Por su parte, las demandadas se oponen alegando que la testadora si bien padecía una discapacidad intelectual, ésta no le impedía hacer vida autónoma y desenvolverse en su vida privada con independencia. Asimismo, afirman que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición *inter vivos*, no para otorgar testamento.

Respecto de la segunda de las pretensiones, la referida al segundo testamento, añaden que fue otorgado cumpliendo las previsiones del art. 665 CC, dado que el notario requirió la intervención de dos facultativos de los que la testadora era paciente para que quedase acreditase su suficiente capacidad dispositiva.

Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa dictó sentencia n.º 1 de fecha 7 de enero de 2015. El fallo estimaba “(...) la demanda formulada por (...) D.^a Rosalía y D. Fermín, contra D.^a María Cristina y D.^a Salomé” y se declaraba “la nulidad de los testamentos otorgados en fecha de 29 de diciembre de 1993 y 15 de octubre de 2012 por la fallecida D.^a Eufrasia (...), al no tener (...) capacidad bastante para otorgar los referidos testamentos al tiempo de su formalización”. Las costas causadas en el procedimiento fueron impuestas a la parte demandada.

La fundamentación jurídica de la nulidad del testamento otorgado el 15 de octubre de 2012 se basó en que para entonces ya existía una sentencia de modificación de la capacidad de obrar. Razona, a su vez, que en la modificación de la capacidad de obrar de D.^a Eufrasia para realizar actos de disposición de sus bienes se entiende incluida la incapacidad para poder testar, ya que en la sentencia de incapacitación no se hacen distinguos entre los actos de disposición de bienes que se puedan realizar o no, y el testamento es un acto de disposición de bienes (art. 667 CC).

Añade, además, que la naturaleza de la enfermedad que padecía la testadora no permitía la existencia de intervalos lúcidos y que los facultativos que intervinieron en el otorgamiento no realizaron reconocimiento ni prueba alguna que determinara

cuál era su estado mental en ese preciso acto de testar.

Respecto a la pretensión de nulidad del primer testamento, otorgado el 29 de diciembre de 1993, el Juzgado consideró que “si bien el testamento se otorgó antes de la sentencia por la que se declaró la falta de capacidad para realizar actos dispositivos, sin embargo, la dolencia que dio lugar a dicha declaración existía ya previamente, coincidiendo el otorgamiento del testamento con el tiempo del emplazamiento para contestar a la demanda de modificación de la capacidad de obrar promovida por el Ministerio Fiscal”.

El pronunciamiento de instancia hizo pivotar su razonamiento y fallo en un informe psiquiátrico aportado por la parte demandante y elaborado el 11 de marzo de 2013 que concluyó que D^a Eufrasia “no tenía capacidad médico-legal en el momento de firmar el testamento de 29/12/1993 ni en el de 15/10/2012”.

En esta misma línea, la sentencia restó importancia al hecho de que la testadora comprara en el año 1978 un piso. A juicio de la jueza de instancia, no se trató de un acto de disposición y, en cualquier caso, contaba con la intervención de su madre y hermano.

Ante la estimación de las pretensiones de la parte demandante, la sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D^a María Cristina y D Salomé. La resolución de este recurso le correspondió a la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el n.º de rollo 120/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015.

El fallo acoge “el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a María Cristina y D^a Salome, contra la sentencia de 7 de enero de 2015 dictada en autos de P. Ordinario 1337/13 seguidos en el Juzgado de primera Instancia e Instrucción 1 de Villaviciosa”. En su virtud, dispone “revocar la apelada y desestimar la demanda formulada por la representación de D^a Rosalía y D. Fermín, frente a D^a María Cristina y D^a Salome”. Se impusieron las costas de instancia a la parte demandante. No hubo, en cambio, declaración sobre las del recurso.

Para llegar a este punto, la Audiencia sustenta su decisión en varios argumentos. En primer lugar, considera que ni la sentencia de modificación de la capacidad de obrar privó a la causante de la facultad de testar ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al art 665 CC.

En segundo lugar, señala que los informes médicos que se elaboraron para el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar se hace constar el coeficiente intelectual de D^a Eufrasia, considerado como aceptable para el contacto con la realidad, su autonomía personal y la celebración de la compraventa de un piso que luego arrienda³.

³ Cfr. GARRIDO DE PALMA, V.M. Y VELAYOS JORGE, J.L.: “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *Revista jurídica del notariado*, 2015, núm. 95-96, pp. 401-438.

En tercer y último lugar, la conclusión de la Audiencia Provincial sobre la contradicción de las pruebas aportadas por las partes y la sucesión de actos es “(...) que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, que no son otras que su prima Isabel y la hija de ésta y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tenía ninguna relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ella hoy actores; voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron (...)”.

Con posterioridad, D^a Rosalía y D. Fermín interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido por auto de 17 de octubre de 2017 por, según afirma el propio tribunal, “carencia manifiesta de fundamento, en atención a que la sentencia recurrida motiva las razones de su decisión y no se aprecia error notorio en la valoración de la prueba en los términos definidos por la doctrina de la sala”.

II. LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR MODIFICADA: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD Y ART. 665 CC

Dejando a un lado la cuestión eminentemente fáctica y los pormenores procesales, conviene examinar ya la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo. Comienza el tribunal haciendo una necesaria referencia al objeto de la controversia al señalar que “el presente litigio versa sobre la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. El primer testamento fue otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad pero cuando el Ministerio fiscal ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar. El segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición”.

El primer motivo de casación plantea la posibilidad otorgar testamento conforme al art. 665 CC una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. Se trata pues de una situación con dos elementos muy a tener en cuenta: el otorgamiento de testamento y la existencia de una persona incapacitada judicialmente, asistida por curador.

El motivo se desestima por varias razones. En primer lugar, el Tribunal Supremo recuerda la operatividad del principio de presunción de capacidad y su presencia en

diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico (art. 10 CE, art. 322 CC y art. 760.1 LEC).

Para reforzar su argumento el Tribunal Supremo indica que conviene no olvidar lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴ que “proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1)”.

Continúa con su razonamiento el tribunal señalando que “el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad”.

Cabe señalar que el Tribunal Supremo hace una adecuada interpretación de lo dispuesto en el citado precepto. La propia redacción del artículo parece impedir cualquier interpretación que limite la capacidad para testar de aquellas personas sometidas a algún tipo de cargo tutelar⁵.

En este sentido, la redacción abierta y genérica de este concepto y el espíritu de la legislación *ad hoc* parece querer proteger la autonomía y voluntad de las personas cuya capacidad de obrar no sea plena, como así se deduce de los arts. 662 y concordantes de nuestro Código Civil. Cuestión bien distinta sería, lógicamente, si hubiera una prohibición expresa de testar o un *numerus clausus* sobre este extremo.

“Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres”, avanza el Supremo, “la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual”.

A este respecto, la primera de las afirmaciones es más discutible. Aunque no pretende ser objeto del presente estudio sí cabe apuntar que la forma *–inter vivos o mortis causa–* no incide, en demasía y a mi juicio, sobre el carácter dispositivo de los propios actos. Consecuentemente, una distinción a este respecto podría carecer de la trascendencia suficiente como para mantener ese régimen no equiparable que el Tribunal Supremo defiende.

⁴ Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La capacidad de testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en TORRES GARCÍA, T.F.: *Estudios de derecho de sucesiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 615-634.

⁵ Cfr. ESPÍNEIRA SOTO, I.: “¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *Revista de Derecho Civil*, 2015, vol. 2, núm. 2, pp. 285-287.

El alto Tribunal, nos recuerda que “el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC)”, por lo que, “ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento”, todo ello conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento (arts. 664, 666 y 685 CC)

En efecto, para el otorgamiento de testamento por una persona con la capacidad modificada judicialmente, el art. 665 CC impone una garantía, un requisito adicional sobre la capacidad de obrar para otorgar testamento. Esta regla impone el juicio favorable, emitido por dos facultativos, sobre la capacidad para testar de la persona cuya capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente. Se trata pues de un mecanismo que busca la especial protección de la real, libre y verdadera voluntad de la persona incapacitada, siempre que se encuentras en las adecuadas condiciones para emitirla.

Ahora bien, el Tribunal Supremo advierte que “como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes ((entre otras, sentencias de esta Sala 29 marzo (RCL 2004, 2310), 26 abril (RJ 2008, 2680), 5 noviembre (RJ 2010, 84), 22 enero (RJ 2015, 465), 10 septiembre (PROV 2015, 238319), 7 julio (RJ 2016, 3157))”.

El motivo segundo del recurso de casación denuncia, de manera acumulada, la infracción de los arts. 662, 663, 665, 666 y 685 CC. Se estructura, como la propia sentencia indica, en dos partes que denomina «primer desarrollo del motivo» y «segundo desarrollo del motivo».

En el primer desarrollo, la pretensión de la recurrente es que se haga un nuevo juicio de valoración sobre la capacidad de la ahora causante. Así que, como bien señala el tribunal “lo que en casación solo es posible con carácter excepcional en los casos en los que se aprecie una clara infracción legal. Examinado el juicio realizado por la sentencia recurrida”, la sala “no observa ninguna vulneración evidente o manifiesta en la valoración de la capacidad para otorgar testamento”. El motivo, por tanto, se desestima.

En el segundo desarrollo, la parte recurrente considera que se ha infringido lo dispuesto por el art. 665 CC por estimar que “la discapacidad intelectual que padecía la causante no es una enfermedad que permita intervalos de lucidez, por lo que no es aplicable el art. 665 CC”. A su juicio, la admisión de la validez del testamento otorgado en atención a los informes médicos y al juicio del notario, infringe el citado precepto.

Teoría que no comparte ni asume el Tribunal Supremo, al entender que “hay que aclarar que la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. En consecuencia, con independencia de cuál sea la causa de la

discapacidad que da lugar a la modificación de la capacidad de obrar, y con independencia de que la enfermedad se mantenga estable o evolucione, de manera que la persona recupere sus facultades, el art. 665 CC ofrece un cauce para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar”. Por consiguiente, el fallo desestima los motivos de la parte recurrente y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial.

Este razonamiento constituye el núcleo de la sentencia. Conviene, por tanto, hacer alguna consideración a modo de conclusión. En primer lugar, el Tribunal Supremo, en su facultad interpretativa de la norma, nos aclara cuál es la finalidad de la norma que regula la capacidad de testar: acreditar las facultades del testador respecto al propio negocio jurídico testamentario.

En segundo lugar y como correctamente, desde el punto de vista técnico, expone el Tribunal Supremo en el desarrollo de la fundamentación jurídica de la sentencia el art. 665 CC supone el reconocimiento legal de la capacidad de testar de aquellas personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente. Este reconocimiento se hace, como muy bien se indica, al margen de la enfermedad que motive la modificación de la capacidad de obrar y de la evolución de la misma.

Así y como conclusión, puede extraerse que la existencia y exigencia de intervención de una figura tutelar (en este caso, la curatela) para realizar actos de disposición no priva, ni mucho menos de forma automática, la capacidad de otorgar testamento, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos recogidas en los arts. 662 y ss. del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

BAYOD LÓPEZ, M.C.: “Capacidad para testar” en AA.VV.: *La capacidad para testar y las clases de testamento, el albaceazgo y la ineficacia del testamento* (coord. por F. Lledó Yagüe, Dykinson), Madrid, 2011.

ESPIÑEIRA SOTO, I.: “¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 2, 2015.

GARRIDO DE PALMA, V.M. Y VELAYOS JORGE, J.L.: “La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 95-96, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La capacidad de testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en TORRES GARCÍA, T.F.: *Estudios de derecho de sucesiones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

ROMERO COLOMA, A.M^a.: “Capacidad e incapacidad de para testar”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 88-89, 2014.



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA PARA RESOLVER CONTROVERSIAS
PATRIMONIALES ENTRE CONVIVIENTES

*SOME CONSIDERATIONS ABOUT HOW UNJUST ENRICHMENT IS APPLIED TO SOLVE
PROPERTY CONTROVERSIES BETWEEN COHABITANTS*

REBECA FARIÑA FARIÑA

Doctora en Derecho. Universidad de Navarra

rfarina@alumni.unav.es

RESUMEN: Décadas después de que hubiese irrumpido el fenómeno de las parejas de hecho en la realidad social española, el reconocimiento de efectos jurídicos a las mismas continúa encerrando cierta complejidad. El aspecto más controvertido es el que se refiere a las consecuencias económicas de la ruptura a falta de ley autonómica aplicable, o de pacto que regule la relación. En estas páginas se realiza un breve análisis de la aplicación del enriquecimiento sin causa en el marco de las reclamaciones económicas por los perjuicios que emergen para uno de los convivientes tras el cese de la relación; en concreto, nos ocupamos de la pretensión de compensación por trabajo doméstico.

PALABRAS CLAVE: parejas de hecho, enriquecimiento sin causa, compensación económica, trabajo doméstico.

ABSTRACT: Recognising legal effects to unmarried partners is still having a certain degree of complexity, decades after they burst into the Spanish social reality. The most controversial aspect concerns the economic consequences when the relationship breaks down. In these pages, we briefly analyze the application of the principle of unjust enrichment in the cases in which the partner damaged for the dissolution claims economic compensation; we particularly study the compensation of domestic work.

KEY WORDS: unmarried partners, unjust enrichment, economic compensation, domestic work

FECHA DE ENTREGA: 07/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA COMPENSACIÓN NO PACTADA EN PAREJAS DE HECHO. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA STS 12 SEPTIEMBRE 2005.- III. LA APLICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA PARA SOLICITAR UNA COMPENSACIÓN POR DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO.- 1. Un caso como punto de partida: la STS de 15 de enero de 2018.- 2. Sobre los presupuestos de ejercicio de la acción de enriquecimiento.- 3. El supuesto de sobrecontribución al levantamiento de las cargas familiares.- IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

A comienzos de los años 90, el Tribunal Constitucional reconoció las uniones de hecho como un modo de convivencia amparado por la protección jurídica que la Constitución Española dispensa a la familia en el art. 39 (*vid.*, entre otras, las SSTC 184/1990, de 15 de noviembre; 222/1992, de 11 de diciembre, o 47/1993, de 8 de febrero).

Desde entonces hasta ahora, si bien las estadísticas muestran que el matrimonio continúa siendo la modalidad de vida en común más frecuente, el número de parejas de hecho en España ha experimentado un incremento exponencial.

Este fenómeno, unido a otros factores de naturaleza diversa, refleja un cambio en los valores y comportamientos sociales que ha situado al Derecho de familia ante problemas jurídicos que no encontraban una respuesta en el Código Civil. En consecuencia, este ámbito del Derecho Privado, especialmente influenciado por los cambios sociales debido al contenido ético de sus normas y a la función social que la familia desempeña, ha experimentado una paulatina transformación a través de la aprobación de diversas leyes especiales a nivel estatal, y de las consiguientes reformas en el texto codificado. Especial notoriedad pública y trascendencia jurídica han tenido las leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se admite la posibilidad de que contraigan matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo, y 15/2005, de 8 de julio, que introdujo el divorcio unilateral.

En lo que se refiere a las uniones no matrimoniales, el ordenamiento español carece de una norma, a nivel estatal, que regule su situación jurídica de manera sistemática e integral. La mayoría de las Comunidades Autónomas, en cambio, en el lapso de las tres últimas décadas, han aprobado leyes especiales sobre parejas de hecho. Una decisión que, sin embargo, no ha contribuido a suplir de manera eficaz la carencia de una norma emanada del poder central que discipline tanto las materias que son competencia exclusiva del Estado (pensiones sociales, fiscalidad, o cuestiones de Derecho interregional), como aquellos aspectos que generan una mayor conflictividad; generalmente, las condiciones económicas de la terminación de la relación.

Más bien, y así lo ha señalado la doctrina en numerosas ocasiones, esta iniciativa de los parlamentos autonómicos ha intentado solucionar un problema creando otros. De una parte, sin perjuicio de puntos comunes, se trata de leyes notablemente heterogéneas entre sí tanto en lo atinente a los presupuestos requeridos para reconocer efectos jurídicos a la convivencia, como en cuanto al régimen jurídico que prevén. Una diversidad que bien podría vulnerar el principio de igualdad en la medida en que, ante situaciones idénticas, se reconocen a las parejas distintos derechos. De otra parte, la declaración parcial de inconstitucionalidad de las leyes madrileña (STC 81/2013, de 11 de abril¹), navarra (STC 93/2013 de 23 de abril²) y valenciana (STC 110/2016 de 9 de junio³), la dudosa compatibilidad de algunas otras con la distribución competencial del art. 149.1.8^a CE, y la ausencia de previsión de una norma de solución de conflicto de leyes cuando los convivientes tienen distinta vecindad civil, pueden crear, en algunos casos, una situación de inseguridad jurídica ante la falta de certeza *a priori* de las consecuencias de la extinción de la unión.

Bien puede entenderse que un panorama legislativo tan fragmentario, complejo e inestable haya dejado margen para la aparición de supuestos que carecen de referencia legislativa aplicable. Esto puede ocurrir por tratarse de parejas que no entran en el ámbito de aplicación de la ley especial, por carecer la legislación autonómica de ley *ad hoc*, o por no contemplar ésta la cuestión litigiosa. Entonces, los convivientes, salvo que hubiesen pactado el contenido patrimonial de la relación, han tenido que buscar una solución en el Derecho común, dando lugar a una doctrina jurisprudencial zigzagueante.

Los casos que han llegado al Tribunal Supremo son, en su mayoría, supuestos de parejas de hecho estables, heterosexuales, y que decidieron de manera libre y voluntaria crear y desarrollar su convivencia fuera del matrimonio. Sin embargo, una vez que finaliza la relación, solicitan el reconocimiento de determinadas consecuencias patrimoniales. Las posibilidades de integrar el vacío legal existente han oscilado, dependiendo de los casos, entre la aplicación analógica de las normas reguladoras del régimen económico matrimonial o de ciertas figuras clásicas del Derecho patrimonial, y el recurso a los principios generales del Derecho acudiendo a la técnica de la *analogia iuris*.

Las consideraciones que aquí se presentan quedan enmarcadas en la aplicación del enriquecimiento sin causa en los supuestos en que uno de los miembros de la pareja solicita una pensión, compensación o indemnización por los perjuicios económicos que la ruptura le ha ocasionado lo cual, ya de por sí, resulta sorprendente. Concretamente, me referiré a las reclamaciones de compensación por dedicación al trabajo doméstico.

Ello sin ignorar que, en la jurisprudencia reciente y de manera puntual, el Alto

¹ STC 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81).

² STC 93/2013 de 23 de abril (RTC 2013, 93).

³ STC 110/2016 de 9 de junio (RTC 2016, 110).

Tribunal, adoptando una perspectiva tipológica del enriquecimiento sin causa, se ha servido de la *condictio* por inversión o impensas para compensar a un conviviente por las inversiones realizadas durante la vigencia de la relación y que, tras el fin de la misma, redundan en beneficio exclusivo del otro miembro de la pareja. Las atribuciones que, según esta jurisprudencia, podrían tener acomodo en la categoría de enriquecimiento por inversión son las contribuciones no remuneradas o con remuneración insuficiente en los negocios del conviviente (STS 6 mayo 2011⁴), y las inversiones realizadas en bienes privativos del conviviente demandado (STS 16 octubre 2014⁵). No me detendré ahora en ellos puesto que su tratamiento excede los límites fijados para este trabajo; sobre estos supuestos⁶.

II. ACLARACIONES PREVIAS SOBRE LA COMPENSACIÓN NO PACTADA EN PAREJAS DE HECHO. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA STS 12 SEPTIEMBRE 2005

Para situar debidamente el tema a tratar, juzgo oportuno partir de unas breves consideraciones generales en torno a la compensación no pactada en la ruptura de parejas de hecho.

Desde que llegaron al Tribunal Supremo los primeros casos, los mecanismos legales a que ha acudido para resolverlos han sido diversos, sin que hubiese llegado a adoptar un criterio estable: aplicación analógica de la pensión compensatoria (SSTS 5 julio 2001⁷, 16 julio 2002⁸; de la normativa reguladora de la comunidad de bienes (SSTS 26 enero 2006⁹, 22 febrero 2006)¹⁰; o de la sociedad civil irregular (SSTS 18 febrero 1993¹¹, 18 marzo)¹²; las normas de responsabilidad civil extracontractual (STS 16 diciembre 1996¹³; el principio de protección del conviviente más perjudicado (SSTS 23 noviembre 2004¹⁴, 30 octubre 2008)¹⁵; o el principio que prohíbe enriquecerse sin causa (SSTS 6 octubre 2006¹⁶, 8 mayo 2008)¹⁷.

A partir de la sentencia de 12 de septiembre de 2005¹⁸, dictada por el pleno de la Sala 1ª, el enriquecimiento sin causa ha adquirido una mayor relevancia. En esta

⁴ STS 6 mayo 2011 (RJ 2011, 3843).

⁵ STS 16 octubre 2014 (RJ 2014/6131).

⁶ *Vid.* BASOZABAL ARRUE, X.: “En diálogo con el Tribunal Supremo sobre la *condictio* de inversión”, en AA. VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (Díez Picazo, L., coord.), T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 514-522.

⁷ STS 5 julio 2001 (RJ 2001, 4993).

⁸ STS 16 julio 2002 (RJ 2002, 6246).

⁹ STS 26 enero 2006 (RJ 2006, 417).

¹⁰ STS 22 febrero 2006 (RJ 2006, 813).

¹¹ STS 18 febrero 1993 (RJ 1993, 1246).

¹² STS 18 marzo 1995 (RJ 1995, 1962).

¹³ STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020).

¹⁴ STS 23 noviembre 2004 (RJ 2004, 7385).

¹⁵ STS 30 octubre 2008 (RJ 2009, 404).

¹⁶ STS 6 octubre 2006 (RJ 2006, 8097).

¹⁷ STS 8 mayo 2008 (RJ 2008, 2833).

¹⁸ 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148).

decisión el Alto Tribunal aprovecha la coyuntura de tratarse el supuesto enjuiciado de una unión *more uxorio* que no ha pactado las consecuencias económicas de la relación, ni puede acogerse a ley autonómica aplicable, para resolver “en general el problema de la posibilidad de indemnizar para el caso de ruptura de una unión de hecho”. Enmarca su argumentación en torno a dos ideas principales: la falta de equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho (“es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio”, FJº 3º), y el respeto a la libertad de los integrantes de la pareja que han decidido desarrollar su vida en común de manera distinta al matrimonio y sin las consecuencias que éste comporta. A partir de estas premisas recuerda, siguiendo una reiterada jurisprudencia anterior, que debe descartarse la opción de trasponer el régimen jurídico del matrimonio para canalizar los efectos que puedan derivarse de las uniones no matrimoniales, con mención expresa de los arts. 96, 97 y 98 CC (no se pronuncia acerca del art. 1438 CC). En la medida en que una de las principales diferencias respecto del matrimonio civil lo constituye la facilidad de la ruptura (diferencia, en realidad, diluida tras la reforma introducida por la ya mencionada ley de 15/2005 de 8 de julio), entienden los Magistrados de la Sala 1ª que la aplicación analógica de las consecuencias previstas en el Código civil para la ruptura de la unión matrimonial, supondría una “penalización de la libre ruptura de la pareja”. Clarificado lo anterior, la siguiente cuestión que aborda la sentencia es si deben reconocerse efectos patrimoniales a la disolución de una unión de hecho y bajo qué circunstancias. En este punto, aclara la sentencia que se reconocerán efectos cuando se haya producido un desequilibrio no querido, ni buscado, en cuyo caso el mecanismo adecuado para ponderar el derecho a una compensación o indemnización a favor de uno de los convivientes es el recurso a los principios generales del Derecho. En concreto, el principio que prohíbe enriquecerse sin causa a costa de otro (FJº 4º). Tras unos párrafos confusos en los que parece querer encajar una pretensión de compensación por desequilibrio en la acción restitutoria por enriquecimiento realiza una puntualización de gran relevancia. Traslada el factor determinante de la compensación, de la noción de desequilibrio explicada de acuerdo con los parámetros recogidos en el art. 97 CC, a la idea de la pérdida de oportunidades o expectativas. A las consecuencias de este criterio nos referiremos más adelante.

Así las cosas, tras la STS de 12 de septiembre de 2005, quedaría establecida, como sigue, una suerte de orden de prelación en los remedios jurídicos que resuelven la liquidación de las relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja de hecho: se atenderá, a los pactos en que los convivientes, de conformidad con el art. 1255 CC, hubiesen previsto compensaciones por desequilibrio en el momento de la ruptura, y, en su defecto, a la existencia de una normativa específica autonómica aplicable; a falta de ley o pacto, se recurrirá a la aplicación del enriquecimiento sin causa.

Con todo, esta doctrina jurisprudencial que pretendía ser unitaria y poner fin a la dispar jurisprudencia anterior, es matizada poco después por la STS de 5 de

diciembre de 2005¹⁹. Esta decisión, valorando, sin mencionarlo expresamente, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento, indica que su ejercicio como medio para compensar económicamente al conviviente más perjudicado queda supeditado a la existencia (se entiende, en el Derecho común) de una norma específica que regule el supuesto concreto. Tal sería el caso de la normativa reguladora del régimen jurídico de la comunidad de bienes cuando *facta concludentia* se puede deducir la intención de las partes de hacer comunes algunos bienes o la totalidad del patrimonio adquirido durante la convivencia. El Tribunal Supremo aplica los arts. 392ss CC para resolver el supuesto litigioso.

Lo cierto es que, en lo sucesivo, la línea jurisprudencial señalada ha sido secundada, esencialmente, en supuestos en que el conviviente demandante alega haber experimentado un desequilibrio o perjuicio económico tras la ruptura como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico.

III. LA APLICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA PARA SOLICITAR UNA COMPENSACIÓN POR DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO

1. Un caso como punto de partida: la STS de 15 de enero de 2018

Para ilustrar la aplicación del enriquecimiento sin causa en los supuestos en que, en el contexto descrito, un miembro de la pareja reclama una compensación por la dedicación al cuidado del hogar y de los hijos, tomaré como punto de partida la reciente STS de 15 de enero de 2018 de la que ha sido ponente la Magistrada PARRA LUCÁN²⁰.

Los hechos del caso son los siguientes: tras más de 16 años de convivencia y dos hijos en común, D^a Zaira y D. Olegario ponen fin a la relación. La conviviente, que previamente había pedido la adopción de medidas provisionales, interpone demanda de declaración judicial de ruptura de la unión de hecho. En ella solicita, entre otras medidas, que se condene al demandado al pago de una pensión compensatoria de 1500€ para el caso de perder su empleo en la empresa participada por ambos. La demandante alega que el sueldo que percibe de la misma constituye su única fuente de ingresos. Por tanto, y al haberse ocupado principalmente durante la convivencia del cuidado del hogar y los hijos, si dejase de percibirlo se quedaría en una situación de desequilibrio y precariedad económica. El Juzgado de 1^a Instancia estima parcialmente la demanda y reconoce a favor de la demandante una “pensión compensatoria” de 500€ mensuales siempre que se de la circunstancia mencionada de dejar de percibir la retribución mensual por su trabajo. Fundamenta la decisión en la doctrina del enriquecimiento sin causa. La sentencia resulta ratificada en apelación. Entiende la Audiencia que, habiéndose hecho cargo la madre en mayor medida de la educación y crianza de los hijos, contribuyó a potenciar la vertiente

¹⁹ STS 5 diciembre 2005 (RJ 2005, 10185).

²⁰ STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 76).

profesional del demandado quien contaba desde hace años con un nivel de ingresos superior a los de ella. D. Olegario interpone recurso de casación. Entiende que la sentencia recurrida colisiona con la doctrina de la sala en esta materia. Alega como infringidos los arts. 97 y 1438 CC. Dejando al margen cuestiones de índole procesal que pudieran ser de interés, el Tribunal hace notar la falta de claridad de la sentencia apelada en cuanto a la fundamentación jurídica de la pensión compensatoria, que resulta “un compendio de los criterios que se recogen en los arts. 97 y 1438 CC y de los que justificarían una aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa” (FJº 4º), y acoge la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 12 de septiembre de 2005 al quedar descartada la aplicación de la legislación autonómica. Ambos convivientes residían en la Comunidad Valenciana que cuenta con legislación propia sobre parejas de hecho. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la STS 111/2016, de 9 de junio, declaró la nulidad, entre otros preceptos, del art. 7 de la Ley 5/2012 de 15 de octubre de uniones de hecho formalizadas, por falta de competencia para regular las consecuencias civiles de las uniones de hecho. Tal precepto preveía la posibilidad de que los convivientes pactasen una pensión compensatoria. Ante la falta de pacto entre los convivientes, y tras reiterar que debe excluirse la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, resuelve de acuerdo a la doctrina del enriquecimiento sin causa. Nuevamente, secunda las pautas indicadas en la STS de 12 de septiembre de 2005 según las cuales, como se indicaba en un momento anterior, el requisito imprescindible para estimar la pretensión consiste en que la solicitante haya experimentado una pérdida de oportunidades o expectativas profesionales. El Tribunal Supremo considera que, en el caso sometido a su enjuiciamiento, la dedicación a la familia no ha comportado una pérdida de oportunidades profesionales en la medida en que la actora no se dedicó de manera exclusiva al trabajo doméstico, ni dejó de desarrollar durante la convivencia un trabajo remunerado. Por tanto, al entender que no concurre en el supuesto de hecho el requisito que habría llevado a estimar la acción restitutoria por enriquecimiento (no entra a analizar los presupuestos clásicos de ejercicio de la misma, de acuerdo con la configuración tradicional unitaria que mantiene el Alto Tribunal en este tipo de casos), niega el derecho de la demandante a percibir cualquier compensación, estima el recurso del demandado y anula la sentencia apelada en cuanto a la obligación de pago de la pensión.

2. Sobre los presupuestos de ejercicio de la acción de enriquecimiento

La sentencia comentada suscita numerosas cuestiones de interés que son compartidas, en general, por el cuerpo de jurisprudencia dictado en esta materia.

Dada la inexistencia de una previsión legal estatal que contemple una compensación para el conviviente perjudicado por la ruptura, ¿cuál es el hecho al que la jurisprudencia debe reconocer el efecto de generar un derecho a tal compensación económica? ¿y su finalidad y efectos? ¿cuáles los parámetros para cuantificar la medida de la compensación? ¿deben seguirse las mismas reglas para todos los casos en que un conviviente solicite una pensión económica? Al menos en una primera

aproximación a la materia, y a pesar del intento de la citada STS de 12 de septiembre de 2005 de establecer unas pautas de aplicación estables y unitarias, parece que estos interrogantes no cuentan todavía con una respuesta clara en la jurisprudencia; especialmente confuso se presenta el aspecto relativo al fundamento de la compensación. A la vez que el Alto Tribunal descarta la *analogia legis* con la pensión compensatoria, afirma que “de modo señalado, la sala se ha ocupado de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para el reconocimiento de una pensión compensatoria”, (STS 15 enero 2018, FJº 5º) y vincula la atribución de efectos en la disolución de las uniones de hecho, a la circunstancia de producirse un desequilibrio económico (STS 12 septiembre 2005 , FJº 3º). Sin embargo, paralelamente, condiciona el reconocimiento de la pretensión restitutoria por enriquecimiento, a una pérdida de oportunidades o expectativas para el conviviente demandante, adoptando un planteamiento muy próximo al que sigue para aplicar la regla de liquidación del régimen de separación de bienes prevista en el art. 1438 CC cuya aplicación analógica también rechaza.

En supuestos como el que resuelve la STS de 15 de enero de 2018, lo que aquí nos preguntamos, dejando ahora al margen que el fallo haya resultado desestimatorio de la pretensión- es si se produce realmente una situación de enriquecimiento injustificado de uno de los miembros de la pareja a costa del otro; ¿el conviviente que ha trabajado fuera del hogar se ha enriquecido sin causa a costa de aquel que se ha dedicado de forma exclusiva o más intensa a la atención de la familia?

Para entrar a valorar si se ha producido un enriquecimiento sin causa, como señala la propia sentencia en uno de los razonamientos generales, es preciso constatar la concurrencia de tres requisitos: un enriquecimiento, genéricamente entendido como un aumento del patrimonio del demandado, o una no disminución del mismo; un correlativo empobrecimiento, que puede consistir tanto en la salida de un valor del patrimonio como en la no obtención del lucro que le habría correspondido; y la ausencia de causa, entendida como la razón jurídica que legitima al demandado a retener lo recibido.

Conviene recordar que, precisamente, la generalidad que caracteriza a los presupuestos de ejercicio de la acción restitutoria en su configuración unitaria tradicional, que es la que mantiene el Tribunal Supremo en estos supuestos, ha constituido el principal obstáculo a lo largo del tiempo para hacer del enriquecimiento injustificado un mecanismo de restitución efectivo. Razón por la que un sector cada vez más amplio de la doctrina se ha inclinado por adaptar a nuestro ordenamiento la tipología alemana de *condictiones* en la cual los requisitos de ejercicio se particularizan en función del tipo de *condictio* por el que se solicite la restitución.

Dicho esto, cabe señalar que pocas son las decisiones judiciales en que el Alto Tribunal, debiendo dirimir las consecuencias económicas que emergen tras la ruptura para quien se ha dedicado a la atención del hogar, entra a analizar la concurrencia de los requisitos que justificarían el ejercicio de la acción de enriquecimiento.

En la sentencia que se ha tomado como ejemplo, a la hora de abordar la resolución del caso particular, el Tribunal únicamente concreta el presupuesto del empobrecimiento, que equipara a la pérdida de expectativas profesionales y se limita a señalar que “el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado” (FJº 6º). A pesar de que la demandante había reclamado una pensión por el empeoramiento económico que sufriría en caso de perder la retribución mensual de que gozaba, circunstancia que llega a producirse, la sentencia no aporta mayores argumentaciones, ni desciende a la valoración detallada de los ingresos de las partes y de su respectiva situación patrimonial. Niega la pretensión bajo el argumento de que el hecho de haber compaginado la demandante el cuidado del hogar con un trabajo profesional significa que ésta no sufrió una merma de sus expectativas profesionales. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

En las escasas sentencias en que se precisa más a la hora de constatar o no la concurrencia de los presupuestos, se identifica el enriquecimiento con el aumento del patrimonio privativo que el conviviente demandando experimenta gracias al “aprovechamiento del trabajo y esfuerzos del otro”; es decir, gracias a la colaboración dispensada por el demandante, que asumió la atención de las tareas del hogar (SSTS 11 diciembre 1992²¹, 17 enero 2003²²). El empobrecimiento se ha entendido como la “no retribución por el trabajo realizado implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo” (STS 11 diciembre 1992); y, de manera semejante, en supuestos en que se solicita la pensión por razones distintas al trabajo doméstico, se ha descrito el empobrecimiento como la inversión de gastos o trabajo en beneficio del conviviente demandado sin recibir la adecuada compensación (SSTS 16 octubre 2014, 6 mayo 2011).

Pero entiendo que donde se encuentra el principal obstáculo para afirmar que se ha producido un enriquecimiento sin causa es en la prueba de la ausencia de causa, que se ha vinculado a la inexistencia de una obligación jurídica de cuidado mutuo entre los integrantes de una pareja de hecho (STS 11 diciembre 1992²³). Esta explicación resulta poco convincente. Si la llevamos a sus últimas consecuencias, supondría que toda “inversión” o esfuerzo de un miembro de la pareja que beneficie al otro, ya sea el cuidado del hogar y de los hijos o la manutención económica de la familia, en la medida en que no responde al cumplimiento de un deber jurídico, sería constitutivo de un enriquecimiento injustificado. Simplificando mucho, tanto uno como otro conviviente, al finalizar la relación, podrían solicitar una compensación por enriquecimiento sin causa. Se trata de un punto de vista parcial que no se corresponde con la realidad de muchas parejas de hecho que conviven de forma estable con voluntad de querer instaurar una familia, ya que solo tiene en cuenta los intereses individuales de cada conviviente, y desatiende el interés de la comunidad familiar en su conjunto.

²¹ STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 9733).

²² STS 17 enero 2003 (RJ 2003, 4).

²³ STS 11 diciembre 1992, (RJ 1992/9733).

En la doctrina, esta cuestión se ha puesto en relación con la posible existencia de obligaciones naturales entre los integrantes de las uniones de hecho²⁴. Si atendemos a las características de las parejas que generan conflictividad en los tribunales, como se señalaba en un momento anterior, se trata de uniones estables, con vocación de permanencia en el tiempo y apariencia pública de vida en común semejante a la conyugal. Lo habitual entre quienes así viven será contribuir conjuntamente al sostenimiento de las necesidades que genere la convivencia, de manera semejante a como ocurre en un matrimonio. Para algunos autores este modo de configurar la unión de hecho, sustentado en la buena fe y confianza recíprocas, proporciona base suficiente para que surjan entre los convivientes obligaciones naturales de respeto, ayuda y socorro mutuos. En consecuencia, apuntan, las contribuciones realizadas durante la convivencia para satisfacer las necesidades de la familia contarían con una justa causa *ex. art. 1901 CC* y no podría reclamarse su devolución o resarcimiento sobre la base de su carácter indebido.

Ciertamente, no parece desatinado considerar que entre las parejas que desarrollan su vida en común de modo esencialmente idéntico a los cónyuges nacen “naturalmente” deberes mutuos de colaboración, solidaridad y ayuda que justifican las recíprocas contribuciones a las cargas familiares. *Máxime* si se tiene en cuenta que, por lo general, en un matrimonio, los cónyuges viven estos deberes con independencia de su plasmación legal y, probablemente, en un buen número de casos, sin conocimiento de que se trata de deberes jurídicos lo cual sugiere que la causa que justifica las recíprocas aportaciones al sostenimiento de la familia no nace de la ley; se justifican en el propio contexto de la vida familiar en que lo frecuente es la reciprocidad y disfrute compartido de las respectivas aportaciones. Además, no puede perderse de vista que, en la medida en se trata de contribuciones que se realizan para el levantamiento de las cargas familiares, difícilmente podría hablarse de la existencia de un desplazamiento patrimonial de un conviviente hacia el otro, que constituye el eje en torno al que se articulan los fenómenos paralelos del enriquecimiento y el empobrecimiento en la explicación unitaria del enriquecimiento sin causa.

3. El supuesto de sobrecontribución al levantamiento de las cargas familiares

Cuestión distinta sería que el conviviente que se ha dedicado a la familia hubiese realizado una prestación extraordinaria, superior a la que resulta compensada mediante la participación en las aportaciones económicas del otro miembro de la pareja. Pensemos en el caso en que el solicitante de la compensación, además de haber asumido en mayor medida las tareas domésticas, hubiese generado ingresos mediante un trabajo remunerado que redundan en beneficio del patrimonio del otro conviviente. De ser así, y sin perjuicio de las dificultades aparejadas a la cuantificación de la contribución excedente, coincido con quienes opinan que cabría

²⁴ CANTERO NÚÑEZ, F.J. Y LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho”, *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, vol. 1º, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 567-574.

valorar un posible enriquecimiento sin causa²⁵.

De manera paradójica, sin embargo, en estos supuestos de “sobrecontribución”, la acción de enriquecimiento está destinada a fracasar. Retomamos en este punto la identificación del requisito del empobrecimiento con una pérdida de oportunidades profesionales. El Tribunal Supremo se inclina por entender que tal detrimento en las expectativas laborales solo se produce cuando la dedicación a la familia ha sido exclusiva. De manera expresa, la STS de 15 de enero de 2018 afirma que: “durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar [...] la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandando, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada” (FJº 6º).

Es fácil observar que la exigencia de exclusividad de la dedicación al hogar desemboca en consecuencias opuestas a la que se habrían pretendido al permitir el recurso a esta figura ya que deja sin cobertura los supuestos más habituales desde la incorporación de la mujer (habitualmente, el potencial acreedor de la compensación) al mercado laboral: aquellos en que, como en el supuesto litigioso, se ha conciliado la maternidad y el trabajo para la casa, con el trabajo remunerado fuera del hogar y que, sin embargo, podrían entrar en la órbita del art. 97 CC. La circunstancia de que el conviviente demandante haya generado patrimonio mediante el desempeño de una actividad profesional no impide necesariamente que el cese de la situación de interdependencia económica vigente mientras se mantuvo la relación, se traduzca en un deterioro de su *status* económico.

Aunque ahora no podemos ahondar en la cuestión, podrían hacerse extensivas a esta suerte de presunción algunas de las consideraciones críticas que la doctrina ha realizado a los criterios jurisprudenciales de reconocimiento del derecho de compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. En la línea jurisprudencial iniciada en la STS 14 de julio de 2011, reiterada en sentencias posteriores (SSTS 31 enero 2014, 26 marzo y 14 abril 2015), y levemente matizada en la STS de 26 de abril de 2017, también se ha introducido como presupuesto para la compensación la necesidad de que el demandante haya contribuido “solo” con el trabajo para la casa²⁶.

En todo caso, debe, además, señalarse que, en la medida en que la pérdida de oportunidades se erige en factor determinante de la concesión de la pretensión restitutoria, se está forzando la fisonomía de la figura en dos sentidos: por una parte, en la medida en que el fundamento de la obligación de restituir por enriquecimiento

²⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 212 y ss.

²⁶ *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, p. 55 y ss; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (excesos y defectos en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil)”, *Revista CEFLegal*, núm. 178, noviembre, 2015, p. 5 y ss.

es la ausencia de causa jurídica que justifique el beneficio reclamado y no el eventual perjuicio que pueda haber experimentado el demandante. Es más, algunos países como Alemania prescinden del empobrecimiento en cuanto elemento tradicionalmente constitutivo de la pretensión restitutoria al considerar que la función del derecho de enriquecimiento no es la de compensar una pérdida experimentada por el empobrecido, sino la de eliminar la ventaja patrimonial obtenida por el enriquecido a costa del demandante. De otra parte, y como consecuencia de lo anterior, la acción de enriquecimiento condicionada por la prueba de una pérdida de oportunidades profesionales se convierte en un instrumento para compensar al demandante por unas expectativas frustradas, lo que cual le atribuye un carácter indemnizatorio que no le corresponde.

IV. REFLEXIONES FINALES

Recapitulando sobre lo dicho hasta aquí, cabe señalar que la dedicación al trabajo doméstico no puede considerarse como una situación constitutiva de un enriquecimiento sin causa, salvo en los supuestos de sobrecontribución al sostenimiento de la familia.

Por lo que respecta al factor de la pérdida de expectativas u oportunidades profesionales, si bien es cierto que el coste personal de la atención a la familia se puede traducir en una ralentización temporal, o mantenida en el tiempo, de la propia proyección profesional, entiendo que se trata de una elección personal que solo excepcionalmente debería constituirse en título que da derecho a una compensación. De solicitarse una compensación fundada en este concepto, en la medida en que se trata de un parámetro cercano a la noción de daño o perjuicio, creo que debería buscarse la posibilidad de acudir a una institución que cumpla una función indemnizatoria como la responsabilidad civil extracontractual; (sobre la indemnización por trabajo doméstico²⁷).

El recurso al principio que prohíbe enriquecerse injustificadamente a costa de otro, se presenta como un instrumento que permite resolver las “situaciones injustas” que puedan surgir en la liquidación de las relaciones patrimoniales entre convivientes. Sin embargo, en la praxis judicial, y al menos en los supuestos de que nos hemos ocupado, en que uno de los miembros de la pareja reclama ser compensado por la atención a la familia, el resultado habitual es la denegación de la pensión económica. Dicho de otro modo, en los casos particulares que llegan a los Tribunales, la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa no proporciona una solución real a las consecuencias que puedan emerger tras el cese de la relación, en la medida en que la actividad desarrollada por el demandante no ha generado ganancias acumulables.

Parece lógico pensar que contribuiría a aclarar este panorama un tanto confuso e insatisfactorio comenzar por identificar con claridad el hecho generador de un

²⁷ *vid.* DEL OLMO, P.: “El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños”, *Indret*, núm. 4, 2013.

derecho a pensión o compensación entre convivientes. Si se trata de compensar un desequilibrio patrimonial, ¿por qué rechazar la aplicación analógica de la norma que nuestro Código prevé para resolver esta problemática en el caso de la disolución de una unión matrimonial con la que la ruptura de la unión de hecho comparte: a) la cesación de la convivencia, b) el posible perjuicio para una de las partes, y c) la comparación con la situación anterior? (*vid.* voto particular formulado por los Magistrados ROCA TRÍAS y FERRÁNDIZ GABRIEL a la STS 12 septiembre 2005).

Resulta comprensible que la regla general, reiteradamente señalada por el Tribunal Supremo para resolver los problemas patrimoniales entre los integrantes de una pareja de hecho, haya sido la exclusión de la aplicación analógica, en bloque, de la normativa que regula el régimen económico del matrimonio. Quienes, en el ejercicio de su libertad personal deciden no casarse, manifiestan su voluntad de no querer quedar sujetos a las normas que reglamentan la unión matrimonial. Pero ello no debería impedir que, excepcionalmente, cuando el fundamento del derecho que reclama el conviviente coincida con la razón por la que se reconoce tal derecho al cónyuge, pueda sortearse este criterio general y aplicarse alguna norma concreta del sistema de protección previsto para el matrimonio. De hecho, así se hace en cuestiones patrimoniales de otra índole como los gastos relativos al mantenimiento y educación de los hijos (SSTS 15 julio 2015²⁸, 30 mayo 2016) o la atribución del uso de la vivienda familiar (SSTS 7 julio 2004²⁹, 1 abril 2011³⁰).

No quiero con ello decir que no haya casos en que convenga acudir al enriquecimiento sin causa. Pero, en la medida en que se trata de una figura de cierre del sistema, su aplicación tiene sentido cuando el ordenamiento jurídico no cuenta con normas que tratan de la misma problemática que se dirime, y que proporcionan una solución más segura. Esto sin olvidar que debe tratarse de supuestos que encajen en la estructura de la acción restitutoria pertinente. Flaco favor se hace a la labor de delimitación de una figura tan amplia y compleja como la del enriquecimiento sin causa cuando se acude al principio general como regla de equidad, buscando *a posteriori* los argumentos que justifican su aplicación.

En definitiva, no parece que pueda responderse a los problemas patrimoniales entre convivientes con un criterio único de solución, y que este criterio sea el enriquecimiento sin causa. Como ha afirmado un sector de la doctrina, habrá que atender al tipo de conflicto que se plantea y estudiar cuál es la herramienta jurídica que mejor lo resuelve.

BIBLIOGRAFÍA

BASOZABAL ARRUE, X.: “En diálogo con el Tribunal Supremo sobre la *condictio* de inversión”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel* (Díez Picazo, L.,

²⁸ STS 15 julio 2015 (RJ 2015, 2779).

²⁹ STS 7 julio 2004 (RJ 2004, 5108).

³⁰ STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139).

coord.), T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CANTERO NÚÑEZ, F.J. Y LEGERÉN MOLINA, A.: “Las uniones de hecho”, *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, V. 1º, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

DEL OLMO, P.: “El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños”, *Indret*, núm. 4, 2013.

GARCÍA RUBIO, M. P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (excesos y defectos en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil)”, *Revista CEFLegal*, núm. 178, 2015.



LA LLAMADA «INTIMIDAD FAMILIAR» Y LAS INTROMISIONES
ILEGÍTIMAS EN LA INTIMIDAD DEL OTRO CONSORTE

*THE CALLED «FAMILY PRIVACY» AND THE UNLAWFUL INTERFERENCES IN THE
PRIVACY OF THE OTHER SPOUSE*

DR. LUIS DE LAS HERAS VIVES

Abogado. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano

luisdelasheras@icab.cat

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad estudiar que debe entenderse por intimidad familiar, la intimidad de los cónyuges y analizar las principales intromisiones ilegítimas que tienen lugar en el contexto familiar.

PALABRAS CLAVE: Intimidad, intimidad familiar, relaciones familiares, cónyuges.

ABSTRACT: This paper aims to study what should be understood as «family privacy», the privacy of the spouses and analyze the main illegitimate intrusions that take place in the family context.

KEY WORDS: Privacy, family privacy, family relationships, spouses.

FECHA DE ENTREGA: 22/05/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INTIMIDAD FAMILIAR.- 1. Lo que sí es la intimidad familiar: los casos de las Sras. Pantoja, Montiel y Presley como paradigma.- 2.- La “intimidad familiar” no debe confundirse con la “dimensión familiar de la intimidad”: SSTs (Sala 2ª) 14 mayo de 2001 y 20 junio 2003.- III.- LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN LA INTIMIDAD DEL OTRO CONSORTE.- 1. Catálogo de conductas proscritas.- A) Perspectiva Penal.- B) Perspectiva civil.- 2. La responsabilidad civil derivada de la intromisión ilegítima.- 3.- Análisis de la praxis judicial.- A) Casuística.- B) Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Ni la Constitución española ni ningún otro precepto de nuestro ordenamiento jurídico precisa el significado de la noción “intimidad”, siendo necesario acudir a la praxis judicial para hallarlo. Lo cual, en cierto modo, es lógico si se advierte que el contenido del derecho a la intimidad es lábil, pues depende de la axiología social vigente¹.

En todo caso, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, puede decirse que la intimidad se refiere a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana². Supone un reducto de inmunidad sin cuya preservación no es realizable ni concebible siquiera la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar el art. 10 CE³.

La intimidad es, en consecuencia, el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o qué hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Con el que se garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar⁴.

Con ese doble contenido, el derecho a la intimidad queda enriquecido, y se nos presenta como el derecho del individuo no sólo a reservarse una esfera de la vida propia como secreta e intangible respecto de los demás, sino también a ostentar la

¹ En todo caso para un prolijo análisis de la noción «intimidad» en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico-cultural, puede verse DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Rev. Boliv. De Derecho*, 2017, núm. 23, p. 57-59, nota pie de página 3.

² STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

³ STC 20/1992, de 14 febrero (RTC 1992, 20).

⁴ STC 127/2003, de 30 junio de 2003 (RTC 2003, 127).

capacidad y medios para evitar su manipulación e instrumentalización por otros⁵.

Por lo tanto, en su aspecto positivo supone que el individuo dispone de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, y en su aspecto negativo el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a su divulgación por terceros y frente a una publicidad no querida, lo que comporta que pueda excluir que los demás, esto es, que las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, no den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida salvo los límites que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁶.

No obstante, y como inmediatamente se verá, ocurre que el derecho a la intimidad se extiende no sólo a aspectos vivenciales de uno para consigo mismo, sino también a momentos o acontecimientos compartidos con otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación (familiares, amigos, profesionales, etc.).

Por ello, y a modo de principio general, puede decirse que el derecho a la intimidad abarca todos los acontecimientos que inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo (cuestión distinta será que por las circunstancias concomitantes pueda hablarse de una intromisión legítima en la esfera privada).

II. LA INTIMIDAD FAMILIAR

Tanto en el art. 18 CE como a lo largo de la LO 1/1982, se alude al derecho a la intimidad, “personal” y «familiar», sin embargo, debe descartarse una comprensión de esas normas en el sentido de interpretar que la titularidad del derecho a la intimidad corresponda a la familia como un ente global y supra-personal. Como ha destacado la doctrina no parece que hablar de intimidad «familiar» de suyo comporte que la familia como “grupo” pueda ser titular de ese derecho, como si pudiera atribuirse un sujeto plural. La denominación de “familiar” tiene que ver con la relación o vínculo existente entre el titular del derecho y determinadas personas sobre las que, de algún modo, viene a proyectarse o extenderse el ámbito del derecho a la intimidad de aquél. En ese sentido, y sólo en ese, cabe denominar a la intimidad como “familiar”. Se trataría, pues, de una denominación que tendría que ver única y exclusivamente con el ámbito de proyección del derecho y no con la titularidad del mismo que seguiría siendo en todo caso rigurosamente individual⁷.

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Identificación de la persona” en LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros: *Parte general del Derecho civil*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1992, p. 76.

⁶ SSTC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115), 83/2002, de 22 abril (RTC 2002, 83), 185/2002, de 14 octubre (RTC 2002, 185).

⁷ CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 97-99.

1. Lo que sí es la intimidad familiar: los casos de las Sras. Pantoja, Montiel y Presley como paradigma

El «caso Paquirri»⁸ tuvo lugar con ocasión de la mortal cogida que sufrió el esposo de la Sra. Pantoja en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) el 26 de septiembre de 1984. Concretamente, la entidad mercantil Prographic S.A., sin autorización alguna por parte de la familia del diestro, comercializó el célebre vídeo captado por el periodista Antonio Salmoral, de la cornada y su posterior asistencia médica en la enfermería de la plaza, donde el torero ya agonizante le dijo al doctor Eliseo Moral aquellas palabras que hoy todavía son recordadas por muchos: “Doctor, yo quiero hablar con usted o no me voy a quedar tranquilo. La cornada es fuerte. Tiene al menos dos trayectorias, una para acá y otra para allá. Abra todo lo que tenga que abrir, lo demás está en sus manos. Y tranquilo, doctor”⁹.

⁸ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

⁹ El Tribunal Supremo entendería que dado el carácter profesional del contenido del video y las escasas escenas sobre la vida del diestro, era necesario relativizar la protección de los derechos de la personalidad, pues las especiales circunstancias y características que concurrían tanto en el hecho como en la persona de don Francisco Rivera Pérez, quien había ganado notoria celebridad por su condición de torero, hacían que la intimidad de este claudicara. En este sentido, al tener lugar la cogida en el ruedo a la vista del público y lo mismo su posterior traslado a la enfermería, hizo que el Tribunal Supremo concluyera que el vídeo e imágenes obedecían al espectáculo mismo consistente en sortear el necesario riesgo, pues razonó el TS que “participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos, y llegado el caso, sufríros dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro, al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando «a fortiori» el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en un lance propio del mismo, aunque eventual. La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del vídeo en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente, por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percance y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común”. Por la representación procesal de doña Isabel Pantoja se recurrió la Sentencia en amparo al TC, en lo que nos interesa ahora, por errónea interpretación del derecho a la intimidad personal, pues a su juicio la divulgación del momento en que una persona se debate entre la vida y la muerte en un quirófano, gozan de un carácter privado por ser inmodificable por ser el hecho de interés social o que un cámara de video tuviera acceso a él. La demandada se opuso arguyendo que se trató de un suceso dramáticamente extraordinario ocurrido ante las cámaras de los periodistas presentes en la plaza, en tanto no se pretendió invadir la intimidad de «Paquirri», sino narrar unos hechos de interés general. El Ministerio Fiscal, por su parte, evacuando su escrito de

El TC partiría de la premisa que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental íntimamente vinculado con la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 CE, de forma que supone “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”.

Coherentemente con lo sentado, razonaría el TC, que una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad, a tenor de lo previsto en el artículo 32 del Código Civil, lógicamente desaparece también el bien jurídico protegido por el art. 18 CE, pues con la muerte deviene superfluo garantizar ese ámbito vital reservado. Por consiguiente, de mantenerse acciones de protección civil en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, el TC no pudo pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecía ya de dimensión constitucional; concretamente, sobre la explotación comercial de la imagen de don Francisco Rivera en el ejercicio de su actividad profesional.

Doña Isabel Pantoja, sin embargo, invocaría los derechos a la intimidad personal y familiar cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia afectada en su dolor e intimidad. Y precisamente por ello sostendría el TC que “debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.” Razonamiento que permitió al Tribunal Constitucional declararse competente para analizar y determinar si las escenas de la cinta editada por Prographic se incardinaban o no en el ámbito de la intimidad de doña Isabel Pantoja, y, en segundo lugar, si la filmación y divulgación posterior supusieron una intromisión ilegítima. Por tanto, se deslindaron dos planos diferenciados: el de la incidencia en la intimidad y el de la legitimidad o no de la

alegaciones, sostuvo que la divulgación de escenas tan reservadas como la lucha por la vida en un momento trágico supone una violación del derecho a la intimidad, pues, como textualmente sostuvo, “no puede ponerse en duda que si hay algo íntimo en la vida de una persona es el enfrentamiento con la muerte”, máxime si la persona se encuentra en una enfermería que en sí misma considerada ha de reputarse como lugar privado.

intromisión.

Y en este caso, legitimada estuvo la Sra. Pantoja en la medida que cuando hablamos de intimidad familiar no significa que la titularidad sea de la familia sino que el derecho se extiende tanto a aspectos de la vida propia y personal como a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo.

En similares términos se expresaría la STC 197/1991, de 17 de octubre¹⁰ en el caso del hijo de la Sra. Montiel¹¹, al considerar que el derecho a la intimidad no se limita única y exclusivamente a los aspectos de la vida propia personal, “sino también a

¹⁰ STC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197).

¹¹ El 31 de agosto de 1985, el diario “Ya” publicó un polémico artículo en el que se afirmó que la madre biológica del hijo adoptivo de Sara Montiel y José Tous Barberán era una trabajadora de “barra americana”. Y frente al cual, el matrimonio decidió interponer demanda de protección al honor e intimidad personal y familiar al amparo de la Ley Orgánica 1/1982 contra la editora, director y reportero. El JPI núm. 3 de Madrid, falló a favor de los demandantes y condenó solidariamente a los demandados al pago de cuarenta millones de pesetas, la publicación de la sentencia en el diario y al pago de las costas. El Ministerio Fiscal y los demandados se alzaron en apelación, resolviéndose el recurso por la Sala Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que si bien moduló la cuantía indemnizatoria, confirmó todos los pronunciamientos; resolución que fue confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 1989. El JPI consideró que la información publicada revelando la opinión pública acerca de la madre biológica del menor, y así lo recoge el TC en su sentencia, “constituye una intrusión ilegítima en el derecho fundamental al honor (garantizado en el art. 18 C.E.) en sus aspectos (partiendo de la concepción pluralista de este derecho) de intimidad familiar y personal tipificado en los núms. 3 («la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una familia») y 7 («divulgación de hechos concernientes a una persona cuando la difame») del art. 7 de la Ley Orgánica protectora (1/1982), por cuanto se entromete en la propia institución familiar... al atacar a uno de sus miembros, acogido en ella a través de la institución de la adopción, descubriéndole y matizándole su linaje con olvido del contenido de lo declarado en el número 2 del art. 39 C.E. «hechos concerniente (núm. 7, art. 6, Ley Orgánica 1/1982) al menor... y que afectan a algún familiar”. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que “el contenido del mencionado artículo periodístico, al desvelar y difundir para la opinión pública determinadas circunstancias y de la filiación materna del menor que los adoptantes quisieron mantener ocultas constituye una intromisión ilegítima en el ámbito de los derechos protegidos por esa Ley (L.O. 1/1982) especificada en los apartados 3 y 7 de su art. 7, como divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre o de expresiones o hechos concretos de una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, y traspasa las lindes marcadas por los usos sociales en relación con el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia (art. 2 de la referida Ley Orgánica)”. El TS siguiendo los razonamientos *a quo* consideró que “la intrusión en el honor o en la intimidad es independiente de la veracidad o falsedad de la imputación”, y que “la esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que, en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la Ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida privada y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos”.

determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen, «No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido» (STC 231/1988). Ello significa que la noticia no sólo ha afectado al derecho a la intimidad personal del menor, sino también al derecho a la intimidad de sus padres adoptivos”.

Y de igual manera ocurriría en el caso Isabel Presley contra «Lecturas»¹², en correspondencia a la doctrina que hemos ido exponiendo en los pronunciamientos anteriores, el TC consideró que inequívocamente había una afectación de la intimidad personal, por un lado, y la intimidad familiar por el otro, concretamente, “Aplicando la anterior doctrina al presente caso, de la lectura del reportaje publicado en la revista "Lecturas" se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de la Sra. Preysler Arrastia o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se

¹² El 23 de junio de 1989, daba inicio un reportaje publicado en la revista “Lecturas”, y que se prolongaría durante varios números, en el que se recogía el testimonio en primera persona de María Alejandra Martínez Suárez, cuidadora de Tamara Falcó Presley, acerca de las vivencias hogareñas de Isabel Presley, madre de la menor. Por entender que dicho reportaje suponía una intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad personal y familiar y en la propia imagen, la Sra. Presley presentó demanda para tutelar los derechos afectados contra María Alejandra, el Director, Redactor y Editor de la revista, interesando que solidariamente le indemnizaran con cincuenta millones de pesetas. En primera instancia, el Juzgado dictaminó que “El conjunto de dicha publicación se puede valorar como descubrimiento de datos y circunstancias íntimas de la actora en la vida desarrollada dentro del hogar familiar”. La Audiencia Provincial, aunque absolvió al redactor, confirmó la sentencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia por entender que el contenido del reportaje (ropa que posee la Sra. Presley en los armarios, menús de comida, hábitos de lectura, etc.) era meros chismes de escasa entidad y que “en algún caso pudieran servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona”.

intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas”.

2. La “intimidad familiar” no debe confundirse con la “dimensión familiar de la intimidad”: SSTs (Sala 2ª) 14 de mayo de 2001 y 20 junio 2003

La premisa básica puede sintetizarse de la siguiente forma: ningún tipo de relación familiar (paterno-filial, matrimonial, etc.) comporta una causa de justificación o excusa absoluta que exima de responsabilidad para quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona la intimidad de la otra persona.

i) La STS 14 mayo de 2001¹³

Los hechos fueron los siguientes: Esteban con el objetivo de verificar si su esposa, Eva, le era infiel, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el aparato situado en el dormitorio del domicilio familiar. Tras interceptar varias comunicaciones, hizo oírlos a dos personas para demostrarles que, al igual que ellos, conocía las infidelidades de su esposa. Además, Esteban participó a su médico psiquiatra parte del contenido de las cintas magnetofónicas.

Esencialmente la defensa del acusado, Esteban, giró sobre la idea de que la intimidad de su esposa no había sido lesionada porque el derecho a la intimidad que ampara el art. 18.1 CE tiene una doble dimensión: personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel derecho porque los hechos imputados afectarían únicamente a una familia. Y sobre esta base, y que el art. 68 CC impone a los cónyuges el deber de guardarse fidelidad, la infidelidad no formaría parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro, pues por la libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial dejaría fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad, concluyendo que en el seno del matrimonio, el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro, de donde resultaría que, proyectándose la conducta del acusado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido.

Sin embargo, el TS entendió que el razonamiento de la defensa resultaba manifiestamente insostenible e inaceptable, pues esa invocada “dimensión familiar” de la intimidad no autorizaba en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el art. 18 C.E., tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

En definitiva entendería el Alto Tribunal que la intimidad se trata de un derecho básico del ser humano que “proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el

¹³ STS 14 mayo 2001 (ECLI: ES:TS:2001:3910).

hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el art. 197 C.P. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa. Porque la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece "erga omnes", la constituye la autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común, pero en ningún caso - como razona la sentencia impugnada- podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado”.

ii) La STS 20 junio 2003¹⁴

Los hechos pivotaron sobre la interceptación de comunicaciones en distintas escenas con distintos afectados y cuyos protagonistas principales fueron: Valentín, auxiliar de detective, y, Lucio, experto en seguridad y equipos técnicos. Ambos formaban un equipo especialista de investigación.

La primera escena: Maribel que sospechaba que su marido le era infiel, con el objeto de comprobar el adulterio, concertó con Valentín y Lucio, la colocación de aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones en varios teléfonos instalados en el Colegio en el que los consortes trabajaban (ella como directora y él como mero trabajador). Además, Maribel también contó con la ayuda de Amanda, su secretaria personal que se encargaba de traer y llevar las distintas cintas que se iban llenando con el contenido interceptado.

En ese mismo tiempo, a instancia de Maribel, Valentín dio órdenes a Lucio para que se llevasen a cabo más intervenciones telefónicas: esta vez en el teléfono de Gabriela, profesora del colegio (sin embargo, por las obras que se estaban llevando a cabo den el inmueble, hubo de desistir de la instalación de los aparatos).

La segunda escena: los consortes Consuelo y Juan Ramón muy preocupados por la situación matrimonial de Patri (hermana de Consuelo), y con el objetivo de averiguar que estaba ocurriendo con su marido, se pusieron en contacto con Valentín, quien les informó de los métodos de investigación que podían seguirse. Entonces, el matrimonio decidió contratar los servicios de espionaje, en el que Lucio instalaría los dispositivos en el teléfono del cuñado en el domicilio familiar.

¹⁴ STS (Sala 2ª) 20 junio 2003 (ECLI: ES:TS:2003:4310).

Sin embargo, el plan se frustró porque el cuñado abandonó el domicilio familiar; por lo que se retiró el dispositivo.

La tercera escena: Érica se puso en contacto con Valentín para que le instalara en el teléfono de su domicilio un sistema de interceptación y grabación de llamadas con objeto de averiguar el origen de llamadas obscenas que recibía y la posible infidelidad de su marido. Instalado el dispositivo sin conocimiento ni consentimiento del marido, oculto detrás de un armario, se efectuaron grabaciones. Benito, el marido de Érica, perdonó a ésta, pero no al técnico ni al detective.

La cuarta escena: Elvira que desconfiaba de su marido, contactó con Valentín para averiguar, como en las otras ocasiones, la infidelidad. Sin embargo, devino inútil la instalación, no haciéndose ninguna, porque el marido abandonó el domicilio. Luis, el marido de Elvira, la perdonó.

Las consecuencias de los hechos fueron pena de prisión y multa, en diferente grado por su participación, para Valentín, Lucio, Maribel, Amanda, Juan Ramón y Consuelo. En todo caso, la de los tres primeros fue superior a los dos años de prisión. Y, por supuesto, al pago de la responsabilidad civil derivada de la intromisión ilegal.

Uno de los motivos de impugnación de la Sentencia, fue la incorrecta aplicación del art. 197.1º del CP en relación con el art. 18.1 CE porque ciertamente no se pretendía vulnerar la intimidad, ya que lo que se quería saber con las interceptaciones telefónicas era la “verdadera intimidad familiar” y el “comportamiento del marido en su seno”, por lo que el consentimiento de la esposa debía bastar para llevar a cabo las interceptaciones.

En cierta manera se estaba por el apelante concibiendo una intimidad familiar compartida de la que todos sus miembros, por ser familia, serían beneficiarios del haz de facultades que tal derecho otorgaría. Razona el TS que “Por esta peligrosa vía que se propugna cabría hablar también, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, de una “libertad sexual familiar” y de otra libertad sexual externa a la familia, de manera que lo que pudiera ser delito fuera del matrimonio no lo sería en el matrimonio, por esa perspectiva conjunta limitada de esa libertad sexual matrimonial expresada. Es evidente que los esfuerzos de los Tribunales en dejar claro que la libertad sexual, fuera o dentro del matrimonio, es una e indivisible, quedaría frustrada al aplicar perspectivas o planteamientos similares a los expresados para el derecho a la intimidad. Es decir, con esta perspectiva la violación no cabría dentro del matrimonio. Todo ello sin olvidar que la intervención telefónica afecta no a una persona -en este caso al marido-, sino a una segunda persona que es el interlocutor”.

Es evidente que la intimidad es personalísima y no colectiva, no existe, por tanto, una intimidad familiar que suponga la cesión de la propia intimidad a favor de una intimidad colectiva.

Y ello ha de ser así, pues la “la persona es el centro de todo el Derecho. La persona como ser humano, tiene ciertos aspectos o manifestaciones inherentes a la misma, y especialmente trascendentes e íntimos, tanto físicos -vida, integridad física- como morales -honor, intimidad, imagen- . A estos aspectos o manifestaciones el Derecho los considera intereses dignos de protección y el ordenamiento jurídico concede un poder a la persona, como sujeto de derecho para autoprotección de aquellos, es decir, derechos subjetivos, que son llamados derechos de la personalidad, los cuales (...) son derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”¹⁵.

III. LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN LA INTIMIDAD DEL OTRO CONSORTE

1. Catálogo de conductas proscritas

Tanto el Código Penal como la LO 1/1982, prevén distintas conductas destinadas a proteger el derecho a la intimidad. Sin embargo, ante la superposición de conductas, lo que sucede en la práctica es que en las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte se recurre normalmente a la jurisdicción penal para resolver las controversias, concretamente a través del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP.

A) Perspectiva Penal

Tomando como criterio el binomio acceso-difusión, los delitos contra la intimidad del otro cónyuge pueden sistematizarse en torno a dos grandes grupos: aquellos que comportan la ilicitud del acceso (sin ahora mayor precisión: la intimidad es conocida sin consentimiento) y los que comportan la licitud del acceso y, por tanto, el pragma conflictivo descansa en la ilicitud de la difusión.

Respecto del primer grupo, sintéticamente son los siguientes:

-Apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos (art. 197.1 pasaje primero CP)

-Intercepción de telecomunicaciones (art. 197.1 pasaje segundo CP).

-Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación (art. 197.1 pasaje tercero CP)

-Apoderamiento, utilización o modificación sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2 pasaje primero CP).

¹⁵ STS (Sala 2ª) 24 junio 1999 (ECLI: ES:TS:1999:4503).

-Acceso, sin estar autorizado y por cualquier medio, a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2 pasaje segundo CP).

Aunque potencialmente el art. 197.2 CP exige referenciarlo, lo cierto es que el precepto capital es el art. 197.1 CP como más adelante se verá.

En cuanto al segundo grupo:

-Difusión, revelación o cesión a terceros de datos, hechos o imágenes por persona distinta de quien las descubrió o captó y siempre que aquel tenga conocimiento de la obtención ilícita por este (art. 197.3 párrafo segundo CP).

-Difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona afectada, pero que hubieran sido obtenidas con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y siempre que la divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal (art. 197.7 CP).

De la misma manera que en el grupo anterior, puede decirse que aunque el art. 197.3.II CP tiene potencialidad lesiva en el ámbito concreto de nuestro estudio, el precepto significativo es el 197.7 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Hasta la vigencia este precepto, la jurisprudencia a la hora de dar respuesta al conflicto surgido de la difusión, revelación o cesión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima, en líneas generales lo hacía: bien a través de la norma civil, bien por medio del reconocimiento de la conducta en otras figuras delictivas como por ejemplo las injurias¹⁶, las lesiones psíquicas¹⁷ o contra la integridad moral¹⁸.

¹⁶ SAP Lleida 20 febrero 2004 (ECLI:ES:APL:2004:176).

¹⁷ SAP Oviedo 22 junio 2017 (ECLI: ES:APO:2017:1750).

¹⁸ Si bien finalmente se rechaza dicha pretensión punitiva, puede verse STS 23 mayo 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3781): “En el supuesto examinado es cierto que el acusado remitió a una amiga y compañera de clase de la víctima unas fotos en la que esta aparecía desnuda. Sin embargo, tal conducta, según se expresa en la narración fáctica, la perpetró el acusado con el propósito de desprestigiarla y de perjudicarla ante terceras personas próximas, según se desprende del texto que acompañaba las fotos (“para que veas lo guarra y puta que es”). No se trataba, pues, de ejecutar una conducta humillante o envilecedora sobre el propio cuerpo de la víctima degradándola en su dignidad como persona. Sino que pretendía dar a conocer que era una persona que hacía o se dejaba hacer fotos de esa naturaleza (sobre las zonas íntimas de su cuerpo), descubriendo así el acusado una parte íntima de su personalidad que podía menoscabar su reputación o su buena fama ante sus amistades y conocidos. Se considera, por tanto, que el acusado no atentó de forma directa con actos de humillación o envilecimiento contra la persona de la acusada menoscabando de forma grave su integridad moral, pues no puede afirmarse que la redujera con su conducta a la categoría de cosa privándola severamente de su dignidad. Más bien se valió de una vía indirecta y menos intensa, cual es la de desprestigiarla ante terceras personas vilipendiando su buena fama o reputación, circunstancias que llevan a subsumir la conducta del acusado en el tipo penal de las injurias, tal como ha decidido certeramente la Sala de instancia”.

B) Perspectiva Civil

En cuanto a la perspectiva civil, podrán reputarse intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge según la LO 1/1982:

-El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas¹⁹ (art. 7.1).

-El uso de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (art. 7.2).

-La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (art. 7.3).

2. La responsabilidad civil derivada de la intromisión ilegítima

En materia de derechos de la personalidad las consecuencias civiles derivadas de la intromisión se rigen por lo establecido en la LO 1/1982, y ello con independencia de que se trate de una infracción penal o civil, pues con absoluta claridad lo establece su artículo primero apartado segundo *in fine*: “En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”. Más concretamente, habrá que estar a lo previsto en su artículo 9 que establece las especialidades respecto del régimen ordinario de la responsabilidad civil del art. 1902 CC.

Sentado lo anterior, según el art. 9.3 LO 1/1982, “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

El principal escollo jurídico que se plantea a este respecto gira en torno al alcance de los daños y la prueba de los mismos.

Una primera postura entiende que el precepto engloba tanto los daños patrimoniales como los morales. Asimismo, estos coinciden en sostener que los primeros gozarían

¹⁹ Del tenor literal del precepto se puede advertir que el mero emplazamiento de los aparatos enunciados comporta en sí mismo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad con independencia del resultado. Cuestión distinta es que, tal y como decíamos más arriba, que el mero emplazamiento no necesariamente cause un daño moral que deba ser resarcido.

de una presunción *iuris tantum*, mientras que los segundos *iuris et de iure*.

El argumento de este primer grupo no hace sino seguir la aparente voluntad del legislador, expresada por el Ministro de Justicia en su informe para la presentación del Proyecto de la que sería la LO 1/1982, en el que de modo expreso se declara que, “una vez que se acredite la intromisión ilegítima, se presume siempre la existencia de un perjuicio. No hay por tanto que demostrar la existencia de éste para tener abierta la vía judicial. Es acerca del carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión sobre lo que versará, fundamentalmente, y creo que ese es el acierto, la controversia judicial. Ahora bien, si el perjuicio se presume siempre, otra cosa es su prueba, porque la norma no exige de este requisito, común a todas las acciones de responsabilidad civil, como se sabe. Habrá siempre un daño de carácter moral, y de ahí que aquella presunción por la que respecta a éste sea *iuris et de iure*, pero podrá haber otros perjuicios de carácter patrimonial, según que la agresión haya tenido una repercusión indirecta en el patrimonio del ofendido, y entonces esta presunción sólo jugará *iuris tantum*”²⁰.

Una segunda postura entiende que la presunción, a diferencia del criterio anterior, sólo abarcaría los morales. El principal argumento es la dificultad probatoria de los daños morales, lo que no ocurre con los patrimoniales, en los que para obtener una sentencia que condene a indemnizar por los daños materiales, estos tendrán que ser probados no bastando las alegaciones de carácter general sobre el desprestigio o afrenta sufrida por la intromisión ilegítima²¹.

El siguiente problema, entonces, alcanza a resolver el carácter de la presunción de los daños morales, es decir, si son *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

La cuestión, a mi modo de ver, se zanjaría por la directa aplicación de la Ley adjetiva civil cuando en su art. 386.3 dispone que “las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba”, y en la referida Ley Orgánica de protección de los derechos de la personalidad, no existe precepto alguno que prohíba la prueba en contrario. Lo que debe ser así porque el sufrimiento o perturbación de carácter moral es cuestión eminentemente subjetiva que exige analizar cada caso de manera concreta.

Ahora bien, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo no lo ha entendido de esa manera y considera que es una presunción *iuris et de iure*²².

²⁰ Actas de la Sesión del Congreso de los Diputados, Pleno, núm. 206, de 10/12/1981. Puede verse para un examen exhaustivo en torno a la elaboración parlamentaria de la Ley Orgánica, la obra de HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Colex, Madrid, 1994.

²¹ STS 25 noviembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:7859).

²² Por ejemplo, SSTs 7 marzo 2006 (ECLI: ES:TS:2006:1366) y 9 marzo 2006 (ECLI: ES:TS:2006:1690). En la primera de ellas se lee: “A todo lo anterior hay que añadir -de interés para el presente caso- una característica: no se precisa en la persona que ataca (la que comete la intromisión ilegítima) el derecho al honor, la intención -dolo o culpa- de dañar tal derecho; se trata de una responsabilidad objetiva: cuando se da la intromisión ilegítima, se presume *iuris et de iure* (artículo 9.3 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982) el perjuicio, al que corresponde la

Sin embargo, como acertadamente se ha señalado por la doctrina, “puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya un daño que indemnizar, bien porque se repara íntegramente de forma específica (a través, por ejemplo, de la difusión de la sentencia o del ejercicio del derecho de réplica o de la rectificación), bien porque, a pesar de la intromisión, el daño no llega a producir. La existencia de esos supuestos justifica, a mi modo de ver, que la presunción del art. 9.3 LO 1/1982 tenga un carácter *iuris tantum*, porque, como ya dije, si no pudiera destruirse la presunción, el sujeto acabaría respondiendo civilmente por un daño inexistente”²³.

De conformidad con el art. 9.3 de la LO 1/1982, para la cuantificación del perjuicio se tendrán en consideración la gravedad de la lesión efectivamente producida y la difusión o audiencia del medio a través del que se produzca la intromisión.

Respecto del “beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, hay que tener en cuenta que la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha suprimido dicha referencia, y ello para la satisfacción de cierto sector doctrinal que venía considerando que ese parámetro de cuantificación era ajeno al daño *per se* y, por tanto, ajeno al instituto de la responsabilidad civil por cuanto esta persigue una finalidad distinta, además, tampoco podía operar como una suerte de *punitive damages* toda vez que la indemnización acordada por la intromisión carece de carácter sancionatorio.

Con todo, precisamente a través de dicha cláusula los perjudicados vetaban al infractor a lograr un enriquecimiento injusto en la medida que podía producirse la paradoja de que al infractor le resultara, en frío ejercicio contable, económicamente

indemnización por el daño moral. La jurisprudencia ha mantenido que si se produce un ataque al honor, no es preciso dolo o culpa en el atacante, desde las sentencias de 30 de marzo de 1988 y 16 de diciembre de 1988 hasta la más reciente de 4 de febrero de 1993 que dice, literalmente: “...el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar”. Y en la segunda: “A la no valoración del número de ejemplares difundidos, pretende introducir un debate nuevo no discutido en la instancia pero que en cualquier caso no contradice la motivación de la sentencia que relaciona minuciosamente las circunstancias tomadas en consideración para fijar el monto indemnizatorio según la doctrina de esta Excma. Sala que, recordamos, señala que el inciso primero del precepto (artículo 9.3) contiene una presunción “*iuris et de iure*” que supone una aplicación de la regla “*in re ipsa loquitur*” que descarta las pretensiones sin contenido económico o cuando éste sea meramente simbólico. Los incisos siguientes relacionan varios factores indicativos para la cuantificación del daño moral -circunstancias del caso, gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión-, que obviamente tienen carácter enunciativo, si bien, en cualquier caso, la amplia fórmula de “circunstancias del caso” facilita la decisión del juzgador, aunque no le autoriza a su mera reproducción literal sin concretar cuales son las circunstancias específicas que se toman en cuenta”.

²³ ATIENZA NAVARRO, M.L.: “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen” en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 296-297. De la misma autora puede verse “Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, al a intimidad y a la propia imagen” en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, 2013, pp. 217-233.

rentable difamar, inmiscuirse en la vida privada o explotar la imagen ajena. Sea como fuere, lo cierto es que, tras la reforma, el artículo 9.2 distingue claramente entre: 1) la indemnización de los daños y perjuicios causados y 2) la apropiación que el perjudicado podrá hacer del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Por otro lado, y en nuestro caso concreto de intromisiones en la intimidad de los cónyuges, para determinar la gravedad de la lesión a efectos indemnizatorios no habrá que estar en abstracto a la insidiosidad del medio o al desvalor del resultado. Incluso cuando la injerencia afecte a ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual del perjudicado, es irrelevante a priori porque lo que habrá que resarcir es el daño moral efectivo que padece el perjudicado. Lógicamente la afectación del núcleo duro de la intimidad podrá irrogar un mayor daño moral que si se afectan otras parcelas, sin embargo —insisto— lo auténticamente importante es el perjuicio real sufrido por el perjudicado.

El aspecto relevante, por tanto, se halla en la “la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.” Este parámetro, vigente desde hace más de tres décadas, hoy debe quedar contextualizado en un ámbito distinto al que el legislador de 1982 concibió, concretamente debe quedar cifrado respecto del llamado «entorno digital» caracterizado por la proliferación de redes sociales, grandes foros de internet y múltiples plataformas de difusión masiva de la información por el propio usuario.

En la década de los ochenta y noventa, la tecnología era limitada y el contexto digital incipiente. Entonces, la divulgación habitualmente tenía lugar a través de los medios de comunicación de masas (que bien es cierto podían ser locales, nacionales o internacionales). O a través de mecanismos que el propio agresor disponía o confeccionaba, pero bastante limitados en su propagación, por ejemplo: pasquines, pancartas, etc.

En este sentido, antiguamente el parámetro geográfico del medio de difusión era un elemento no solo a explorar sino a considerar por la jurisprudencia. Sin embargo, la determinación del perjuicio real debe quedar focalizada respecto de quien ha realmente conocido la intromisión, y ello porque la intimidad revelada puede ser más dañina cuando es conocida por aquellos a quienes expresamente queremos vetar que si lo es (conocida) por terceros indiferentes. No se trata tanto de una cuestión cualitativa como cuantitativa. En consecuencia, el número de personas que tengan conocimiento de la intimidad revelada no debe ser un factor tan determinante a la hora de valorar el grado de afectación de la intimidad como puede ser la relación de la víctima con aquellas (por ejemplo, familiares, amigos, compañeros de trabajo).

Un ejemplo de lo que acabamos de decir sería el siguiente: cuando se produce una filtración de una imagen erótica, en abstracto puede decirse que los padecimientos que dicha divulgación ilícita genera en el perjudicado será mucho mayor si ésta se produce en ámbitos estrechamente vinculados al sujeto, esto es, en los ámbitos de su esfera privada o profesional, que si ocurre a través, por ejemplo, de una red social

rusa (VK) o china (Qzone) total y absolutamente ajenas al perjudicado. Y ello, lógicamente, sin perjuicio de que la divulgación en sí misma afecte al patrimonio moral del perjudicado.

Un parámetro bastante poco utilizado en la praxis por los perjudicados es que en aquellos casos especialmente graves en los que la divulgación genera una aflicción moral considerable, por ejemplo, cuando afectan a facetas de la sexualidad, es recabar la oportuna asistencia facultativa, y no sólo para tratar el mal causado (generalmente trastornos de ansiedad), sino también a los efectos de acreditar la existencia real de un quebranto psicológico que, en no pocas ocasiones, puede ser un parámetro que presenta mayor objetividad para cuantificar el daño (con independencia de que se presuma), el cual podrá ser introducido al oportuno proceso bien para la propia determinación del daño, bien para determinar que la intromisión afecta gravemente a la intimidad (lo que será de especial interés si estamos ante un supuesto que puede ser incardinado en el art. 197.7 CP).

3. Análisis de la praxis judicial

A) Casuística

Como observábamos, la casuística nos demuestra que las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge se reconducen a la jurisdicción penal a través de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

A continuación expondremos de forma analítica y sintética una colección de casos prestando atención a: 1) hechos, 2) consecuencia penal principal, 3) consecuencia civil.

a) SAP Valencia, 4 junio 2002 (ECLI:ES:APV:2002:3199)

Supuesto de hecho: Apoderamiento por el marido de distintos escritos y documentos que su esposa guardaba en una carpeta y que fueron entregados a su abogado para que éste los aportara como prueba contra su esposa en el procedimiento de separación matrimonial para fundar una alegación de infidelidad conyugal, lo que efectivamente sucedió. Entre los documentos cogidos por el marido se encontraba una carta de contenido personal escrita por una tercera persona, otra escrita por la mujer en igual sentido, además de varias poesías, escritos y emails impresos (sin que se acredite el acceso ni su impresión).

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 12 euros.

Consecuencia civil: No hay.

b) SAP Albacete, 21 noviembre 2002 (ECLI: ES:APAB:2002:1053)

Supuesto de hecho: Apoderamiento por la mujer de una misiva enviada al marido por la Seguridad Social utilizándola como prueba contra ésta en un proceso civil y en beneficio propio.

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y 12 meses de multa con una cuota diaria de 3 euros.

Consecuencia civil: 900€ por los daños morales causados.

c) SAP Madrid, 4 octubre 2006 (ECLI: ES:APM:2006:7109)

Supuesto de hecho: La mujer sin conocimiento ni consentimiento de su marido, con quien se hallaba en trámites de separación, cogió del interior de un maletín un documento a él dirigido y enviado por el mando de personal del Cuartel General del Aire por el que se le comunicaba haber resuelto declararle en situación de “retenido de empleo”, documento calificado de reservado que contenía valoraciones sobre su persona propias de los Informes Personales de Calificación. La mujer hizo una fotocopia de los mismos aportándolos a distintos procesos judiciales, entre otros el de divorcio.

Consecuencia penal principal: 2 años de prisión.

Consecuencia civil: 3.000€ por los daños morales causados.

d) STS (Sala 2ª) 21 marzo 2007 (ECLI: ES:TS:2007:1807)

Supuesto de hecho: Ante el aumento del consumo de internet en el domicilio familiar, el marido instaló un software informático para monitorizar la actividad informática y de internet desde una ubicación alejada con el ánimo de averiguar que estaba sucediendo al respecto. Pudo comprobar que la persona que estaba aumentando notablemente el consumo de internet era su propia esposa que entraba en chats como casados/infieles manteniendo conversaciones de contenido sexual, averiguando que además tenía otra pareja. El marido contrató a una investigadora privada a quien remitió todos los correos electrónicos interceptados aportando dicha información al juicio de separación para lograr la custodia de su hija.

Consecuencia penal principal: 6 meses de prisión y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros (se aprecian atenuantes).

Consecuencia civil: No hay.

e) SAP Barcelona, 5 mayo 2009 (ECLI:ES:APB:2009:5138)

Supuesto de hecho: Exesposo que sin el consentimiento de su exesposa accede al borrador de la declaración de la renta de ésta, y que la AEAT remitiera a ésta el

citado borrador al antiguo domicilio familiar, pues el exesposo abría habitualmente las cartas que llegaban.

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 6 euros.

Consecuencia civil: 300€ por los daños morales causados.

f) SAP Huesca 26 noviembre 2009 (ECLI:ES:APHU:2009:618)

Supuesto de hecho: Apoderamiento por el marido de la nómina de su exmujer que le había sido remitida a ésta por correo en un sobre a su nombre y entregada en el buzón de correo del que había sido el domicilio conyugal de la pareja, además, el marido se apoderó también de la carta que contenía dicho documento personal y la aportó posteriormente en la vista de medidas provisionales que se seguía entre ambos cónyuges.

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 8 euros.

Consecuencia civil: No hay.

g) SAP Oviedo 1 septiembre 2010 (ECLI: ES:APO:2010:1911)

Supuesto de hecho: El exesposo puso al alcance de los usuarios de la página www.sexo-casero.com, tres fotografías de la exesposa sin autorización de ésta: dos en bañador con los senos al desnudo, sin cubrir, paseando por una playa, y una desnuda, en el interior de la vivienda, fotografías que fueron obtenidas durante su relación personal. Las imágenes fueron remitidas con un correo electrónico titulado como “la golfa de Oviedo”, ubicándolas, perversamente, junto a otras fotografías de contenido pornográfico, ofreciéndose mantener relaciones sexuales, facilitando el número de teléfono móvil, de contacto, el cual era utilizado por la exesposa en su actividad laboral.

Consecuencia penal: 1 año de prisión.

Consecuencia civil: 6.000€ por los daños morales causados.

h) SAP Tarragona 7 junio 2012 (ECLI:ES:APT:2012:766)

Supuesto de hecho: El marido en la celebración de la vista del procedimiento de modificación de medidas, aportó como prueba documental una carta del Servicio General de Tráfico de Cataluña que había recibido en su domicilio, que anteriormente había sido el familiar, y que iba dirigida a su mujer, en la que se le imponía a esta una multa por circular en un vehículo llevando a un menor de tres años en el asiento trasero sin el correspondiente sistema de seguridad homologado.

Consecuencia penal principal: 1 y 4 meses de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 3 euros.

Consecuencia civil: No hay.

i) SAP A Coruña 19 diciembre 2012 (ECLI:ES:APC:2012:3659)

Supuesto de hecho: La exesposa recogió del que fuera el domicilio conyugal hacía un año y en el que el exmarido ya no residía, una carta certificada con acuse de recibo remitida por la Agencia Tributaria a éste. La exesposa comprobó al abrir la carta y leer su contenido que se trataba de un requerimiento de pago del IVA trimestral y una autoliquidación por la AEAT del recargo correspondiente, de lo que dedujo que el IVA fue generado por el alquiler de un bien inmueble ganancial y, al estar en trámite el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales formada por los ex cónyuges en el que existía controversia acerca de la inclusión de determinados bienes en el activo y en el pasivo de la sociedad, hizo entrega de la carta en cuestión a su Abogada quien la aportó al proceso de familia.

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 6 euros.

Consecuencia civil: No hay.

k) SAP Sevilla 25 septiembre 2014 (ECLI:ES:APSE:2014:2873)

Supuesto de hecho: El marido accedió al correo electrónico de su mujer, sin el consentimiento ni la autorización de ésta, copiando e imprimiendo posteriormente algunos de los mensajes interceptados, que fueron aportados por la propia defensa letrada del acusado.

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 8 euros.

Consecuencia civil: No hay respecto del delito de descubrimiento.

l) SAP Zaragoza 15 enero 2015 (ECLI:ES:APZ:2015:32)

Supuesto de hecho: La AEAT envió los datos fiscales del IRPF del exmarido al que anteriormente había sido el domicilio familiar y ahora estaba atribuido a la exmujer. Ésta, lejos de entregársela a su ex cónyuge, se apropió de la misma, la abrió sin el consentimiento de él, comprobando que contenía información fiscal, y se la entregó a su defensa letrada en el proceso matrimonial para que fuera aportada, lo que efectivamente sucedió.

Consecuencia penal principal: no consta en la resolución.

Consecuencia civil: no consta en la resolución.

m) SAP Málaga 31 julio 2015 (ECLI:ES:APMA:2015:2611)

Supuesto de hecho: Marido que con intención de utilizar en proceso de divorcio cogió copias de facturas y una nómina que encontró en el domicilio que había sido común de los consortes. Y ello con la finalidad de acreditar que la mujer trabajaba para una empresa para así aminorar el importe de la pensión que ésta le reclamaba.
Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 10 euros.

Consecuencia civil: no hay.

n) SAP Madrid 26 octubre 2015 (ECLI:ES:APM:2015:15628)

Supuesto de hecho: Tras el auto de medidas provisionales, el marido presentó demanda de divorcio contra la mujer, y a tal demanda adjuntó un CD que contenía conversaciones sostenidas por ella con terceras mujeres. Conocimiento de tales conversaciones que tuvo lugar porque el marido se apropió de un pendrive de la mujer que por olvido se había dejado conectado al ordenador.

Consecuencia penal principal: 9 meses de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros (se aprecia atenuante).

Consecuencia civil: 1.000€ por los daños morales causados.

o) SAP Alicante 22 diciembre 2015 (ECLI:ES:APA:2015:3004)

Supuesto de hecho: El exmarido se apoderó de unas cartas dirigidas a la que fuera su esposa hacía tres años, remitidas por una Entidad Bancaria al antiguo domicilio donde ambos residían. Dichas cartas fueron entregadas por el exmarido a su abogado a fin de que fueran aportadas junto con una demanda de modificación de medidas matrimoniales. Las mencionadas cartas contenían dos copias de recibos bancarios del ingreso, en una cuenta bancaria de la que era titular la exesposa, del importe correspondiente a una prestación por desempleo, de la que era beneficiaria la pareja sentimental de la exesposa, el cual tampoco había autorizado al exmarido para apoderarse ni hacer uso de tales datos

Consecuencia penal principal: 6 meses de prisión y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros (se aprecia atenuante).

Consecuencia civil: No hay.

p) SAP Barcelona 20 septiembre 2016 (ECLI:ES:APB:2016:9925)

Supuesto de hecho: Difusión por él de un video erótico obtenido con consentimiento de su pareja, a dos amigos de ésta.

Consecuencia penal principal: 7 meses y 16 días.

Consecuencia civil: No hay.

q) SAP Valencia 25 noviembre 2016 (ECLI: ES:APV:2016:3725)

Supuesto de hecho: En una relación análoga a la conyugal, ella remitió distintas fotografías íntimas a él, quien, una vez terminada la relación, las remitió a la madre de ella con la afirmación “tu hija es más puta que las gallinas”, y puso una de ellas de perfil de su Whatsapp por lo que pudo verla cualquier persona.

Consecuencia penal principal: 7 meses y 15 días de prisión.

Consecuencia civil: 1.500€.

r) SAP Las Palmas 20 enero 2017 (ECLI:ES:APGC:2017:27)

Supuesto de hecho: La expareja (ella), una vez finalizada la relación que duró más de quince años, y que fue judicializada a efectos de guarda, custodia y alimentos el 28 de mayo 2013, momento en que él abandonó el domicilio familiar, con ánimo de descubrir informaciones reservadas a su destinatario, después de abrir la correspondencia que se recibía en dicho domicilio dirigida a su expareja, aprovechándose de su contenido, decidió utilizarla en su beneficio. De esta forma, interpuso demanda de modificación de medidas, consiguiendo elevar la cuantía de la pensión que él debía pagar de 190€ a 200€.

Consecuencia penal principal: 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 4 euros.

Consecuencia civil: No hay.

B) Conclusiones

De las distintas resoluciones analizadas, todas ellas condenatorias por un delito contra la intimidad de la pareja, se pone de manifiesto que 11 de las 17 sentencias expuestas a pesar de declararse probada la intromisión ilegítima, no hacen pronunciamiento alguno sobre los daños morales derivados de las mismas. Debiendo observarse que salvo renuncia expresa de los perjudicados a reclamar los daños sufridos, causa perplejidad no ya sólo que la Acusación Particular (de haberla) no la solicite, sino también que el Ministerio Fiscal tampoco lo haga cuando hemos visto que los daños morales ex LO 1/1982 se presumen ante cualquier intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

Realmente, esta situación puede obedecer a dos hipótesis, y que en puridad no puede deducirse del tenor de las sentencias, estas son: 1) que quien sufre la intromisión ilegítima en la intimidad por el otro cónyuge no busca resarcir el daño moral sino única y exclusivamente la represión punitiva del infractor y por tanto hay

una suerte de renuncia material (o expresa) a la indemnización; 2) que tanto la Acusación Particular como el Ministerio Fiscal hayan preterido la consecuencia civil.

Me inclino, evidentemente, por la primera, especialmente si se tiene en cuenta que todos los supuestos surgen en un contexto de conflictividad entre los consortes bien por rupturas traumáticas bien por las discrepancias económicas o de atribución de la guarda de los hijos comunes. Y precisamente ante esta situación de crisis familiar y emocional, la víctima lo que ansía es un castigo para el infractor más allá de la oportuna indemnización que le pudiera corresponder. El problema que se plantea, sin embargo, es en aquellos caso que expresamente se fija en 0 euros, pues en atención al principio *res ipsa loquitur*, podría considerarse que no ha existido una lesión real y material del bien protegido.

Por otro lado, y en conexión precisamente con la indemnización por los daños morales (6 de las 17 sentencias condenatorias analizadas) son francamente magras, llegando incluso a la ridiculez, como, por ejemplo, la de la SAP Barcelona 5 mayo 2009, que los cifra en 300€. O la SAP Valencia 25 noviembre 2016, que cuantificó los daños morales derivados de 1) la difusión de imágenes eróticas de ella a la madre de está, junto con el comentario “tu hija es más puta que las gallinas”, y de 2) publicar una imagen desnuda de ella como imagen de su perfil público de Whatsapp; en unos exiguos 1.500 euros.

Por supuesto, ninguna de las sentencias expuestas que aprecian la indemnización por los daños morales derivados de la intromisión realizan un razonamiento prolijo en atención a los criterios del art. 9 de la LO 1/1982, simplemente recurren a fórmulas más o menos lacónicas para su cuantificación.

En consecuencia, puede decirse que de no haber una renuncia expresa de la víctima a dicha reclamación, existe una tendencia clara en la jurisprudencia en éste concreto ámbito a que las víctimas que sufren intromisiones ilegítimas en su intimidad no reciban, por las razones que fueren, una indemnización por los daños morales cuando lo cierto es que la LO 1/1982 establece que estos se presumirán siempre.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA NAVARRO, M.L.: “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen” en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Rev. Bolin. De Derecho*, núm. 23, 2017.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Colex, Madrid, 1994.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Identificación de la persona” en LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros: *Parte general del Derecho civil*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1992.



EL PAGO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR EL HEREDERO DEL
DEUDOR: CARENCIAS E INCOHERENCIAS DEL ARTÍCULO 101 DEL
CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

*SPOUSAL MAINTENANCE PAYMENTS BY THE HEIR OF THE DEBTOR: DEFICIENCIES
AND INCONSISTENCIES OF THE ARTICLE 101 OF THE SPANISH CIVIL CODE*

MÓNICA GARCÍA GOLDAR
Investigadora Predoctoral de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela
monica.garcia@usc.es

RESUMEN: La escasa doctrina que ha analizado el artículo 101 del Código Civil español coincide en calificarlo de precepto oscuro; hecho éste que se constata sin mayores objeciones en una lectura detenida. Por ello, en este trabajo analizaremos la redacción literal del artículo así como las distintas interpretaciones que se han ido ofreciendo desde su incorporación al Código Civil en el año 1981.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria, herederos del deudor, legitimarios.

ABSTRACT: The authors that have analyzed article 101 of the Spanish Civil Code coincide in describing it as dark and confusing and this is easily observed after a careful reading. Therefore, in this work we will analyze the literal wording of the article as well as the different interpretations that have been offered since its incorporation into the Civil Code in 1981.

KEY WORDS: spousal maintenance, debtor's legatees, rightful heirs.

FECHA DE ENTREGA: 28/05/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE REFERENCIA A LA LEGÍTIMA.- 1. Naturaleza jurídica del derecho a la legítima.- 2. El cálculo de la legítima.- III. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 101 CC.- 1. Una pequeña incoherencia del sistema: ¿cómo armonizar este precepto con el resto de articulado?- 2. Una carencia de tecnicismo: ¿se puede acudir a esta acción siempre y en todo caso?- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 101 del Código Civil español parece romper con los principios tradicionales de nuestro Derecho sucesorio¹ cuando establece que “el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona². El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”³.

¹ GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989, p. 188, hace notar que, de acuerdo con la teoría tradicional, las reglas generales de nuestro sistema sucesorio son la confusión de patrimonios y la ilimitación de la responsabilidad; tesis tradicional que ha sido puesta en tela de juicio por varios autores, entre ellos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, 3ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 199 y ss., que defendió, entre otras cosas, que el patrimonio hereditario, como patrimonio afecto al pago de las deudas hereditarias, siempre permanece individualizado a través de las vicisitudes de todo el procedimiento sucesorio.

² NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Vol. I, 2ª edición, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016, pp. 561-570, pone de manifiesto que la pensión económica se basa en un principio de solidaridad familiar pero no es un derecho absoluto ni temporalmente ilimitado; y por ello, si desaparece el desequilibrio económico que originó su causa habrá de procederse a su modificación cuantitativa o a su definitiva extinción. Asimismo, este autor hace notar que estas acciones de la primera parte del artículo, para pedir la reducción o extinción por alteración de las circunstancias o su extinción por cese de la causa que la fundamentó, por matrimonio o convivencia marital, también podrán ser ejercitadas por los herederos del causante, al subrogarse aquellos en la posición del finado. PÉREZ MARTÍN, A.J.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 208; resume los criterios jurisprudenciales reiterados acerca de la convivencia marital, entre los que se incluye que debe existir efectivamente una relación sentimental, y que no es exigible que dicha convivencia habitual y estable se realice en un mismo domicilio.

³ Como hace notar GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 444, existen en los ordenamientos vecinos soluciones paralelas a la nuestra. Así, en el artículo 280 CC francés, se establece que la muerte del esposo deudor no extingue la deuda y que del pago responderán los herederos, que no serán responsables personales sino hasta el límite del caudal hereditario y también los legatarios particulares en proporción a lo recibido, en caso de que el caudal hereditario no fuese suficiente. De otra parte, el artículo 1586.b del BGB dispone que en caso de muerte del deudor, la obligación se transmite a sus herederos,

En la redacción de este precepto, que la doctrina califica de confusa, incoherente⁴ y hasta llamativa⁵, se puede apreciar la existencia de tres partes bien diferenciadas: la primera, que enumera de forma no exhaustiva ciertas causas que dan lugar a extinción de la pensión compensatoria⁶; la segunda, de la que se infiere que la pensión compensatoria no se extingue por muerte del deudor y que es, por tanto, transmisible mortis causa⁷; y la tercera, en la que se constata que tal transmisibilidad no es plena, sino que está condicionada a dos hechos: que el activo hereditario sea suficiente para hacer frente a la pensión y otras deudas hereditarias, de una parte; y que dicha pensión no afecte a los derechos de los legitimarios, de otra.

La confusión principal a que invita este precepto guarda relación con la naturaleza de esta deuda sucesoria, pues por el tenor literal del artículo no queda claro si se trata de una genuina deuda transmisible mortis causa o es por el contrario una carga impuesta por ley que se genera a causa de la muerte del causante⁸. No en vano se ha

que no quedarán obligados más allá de la cuantía que le hubiera correspondido por legítima al acreedor si no se hubiese disuelto el matrimonio.

⁴ DE LA HAZA, P.: “La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio”, *Actualidad civil*, 1988, vol. 2, p. 1951; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005, p. 109, confiesa que fue el segundo apartado del artículo 101 CC el que le llevó al estudio del precepto, pues entendía que constituía un precepto de enormes dificultades.

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, a la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil, volumen IV. Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre), 5ª ed., Edisofer, 2016, p. 218.

⁶ TORRES LANA, J.A.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982, p. 786, considera que este artículo no establece un elenco cerrado de causas de extinción de la pensión compensatoria, ya que no sólo porque no se incluya la lógica causa de la extinción por muerte del acreedor, sino también porque en el artículo 99 CC se regula otra causa: “en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”. En igual sentido, GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000, p. 161, señala que además de las citadas por el art. 101, se puede considerar causa de extinción la renuncia del acreedor, permitida al amparo del art. 6.2 del Código, siempre que no sea en perjuicio de tercero. En efecto, la STS 2 diciembre 1987 (RJ 1987, 9174), vino a confirmar que la pensión compensatoria puede ser renunciada toda vez que se trata de un derecho subjetivo.

⁷ Sobre la transmisibilidad de la deuda compensatoria a los herederos del deudor, importa resaltar que en un principio la pensión compensatoria se concibió como pensión vitalicia (véase en este sentido LACRUZ BERDEJO, J.M.: *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, 4ª ed., Boch, Barcelona, 1997, pp. 180-181. Sin embargo, y tal ya previó GARCÍA RUBIO, M.P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, p. 159, que la tendencia era hacia la limitación temporal de la pensión compensatoria. En efecto, el TS ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-, como señalan las sentencias que se citan en el motivo para justificar el interés casacional” (SSTS 20 junio [RJ] 2013, 4377), 24 octubre [RJ] 2013, 7014], 3 febrero [RJ] 2017, 399).

⁸ En efecto, esta deuda sucesoria es bastante atípica porque no encuadra fácilmente en ninguna de las categorías de deudas sucesorias clasificada por CRISCUOLI, G.: *Le obbligazioni testamentarie*,

hecho notar que “resulta sumamente complicado efectuar una interpretación coherente de la norma del artículo 101.2º CC que no prive de significado a ninguna de las prescripciones previstas en la misma, ya que si se afirma la transmisión *mortis causa* de la deuda por pensión compensatoria, no tiene sentido la salvaguarda de la legítima frente a la misma; de otro lado, si se priman los derechos de los legitimarios frente al acreedor de la pensión, habrá que convenir que no se habrá producido aquella transmisión, pues se le estaría dispensando el tratamiento propio de las deudas nacidas con ocasión de la muerte del causante. Se trata, pues, de una paradoja que, muy posiblemente, no estuvo nunca en la mente del legislador establecer”⁹.

Sea como fuere, la doctrina entiende, a pesar de la confusión a la que invita el precepto, que se trata de una deuda transmisible *mortis causa*¹⁰, criterio que

Giuffrè, Milán, 1980, pp. 9 y ss. Este autor distinguió cuatro tipos de deudas sucesorias, a saber: lo que llama “deudas hereditarias” o deudas preexistentes a la muerte del deudor; cargas de la herencia, que son aquellas que surgen a causa de la muerte y como consecuencia de la apertura de la sucesión; obligaciones testamentarias, que son aquellas obligaciones, cargas o modos que el testador impone a cargo del heredero o el legatario; y por último, las “obligaciones sucesorias asistenciales”. Estas últimas se diferencian de las obligaciones hereditarias en que no nacen *ex voluntas testatoris*, sino *ex lege*. Un ejemplo de obligación sucesoria asistencial en el país vecino italiano es la asignación que un juez puede reconocer en favor del ex cónyuge divorciado con cargo a la herencia y en virtud del artículo 9-bis de la Ley 898/1970 sobre el divorcio. Esta pensión, como hizo notar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción*, cit., p. 111, sí es una carga de la sucesión, ya que no se trata de una deuda que se transmita a los herederos, sino de “su sustitución *ex lege* por otra prestación de distinta naturaleza”. Nuestra doctrina no contempla la existencia de este tipo de obligación sucesoria asistencial, y nosotros estamos conformes con tal criterio, pues a pesar de que el derecho a pensión de que habla el artículo 101 CC nace efectivamente de la ley, esta nace antes de la apertura de la sucesión *mortis causa* y no halla causa en la misma.

⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción*, cit., pp. 119-120, que concluye “en otras palabras: o se pone el acento en la transmisión *mortis causa* de la deuda, obviando la referencia a los derechos de los herederos forzosos; o se hace hincapié en la intangibilidad de la legítima, con lo que se pondría en tela de juicio que sea la misma deuda del causante la que se transmite a su heredero”.

¹⁰ TORRES LANA, J.A.: “Comentario”, cit., p. 795, afirma que la pensión compensatoria se debe entender incluida dentro de las obligaciones transmisibles *mortis causa ex* artículo 659 CC; ROCA TRIAS, E.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1984, p. 646, considera que se trata de una deuda del causante que no se extingue con su muerte debido a que no se trata de una deuda personalísima; sin embargo, su subsistencia requiere: primero, que el deudor haya fallecido y se haya abierto su sucesión; segundo, que exista efectivamente derecho a pensión, es decir, que no se haya provocado la extinción de la pensión por otras causas; y tercero, lo que la autora ha denominado “posibilidades económicas del caudal relicto”, ya que la pensión quedará sometida “a las vicisitudes que puedan sufrir las demás deudas hereditarias y que el acreedor no podrá pretender que se le mantenga la integridad”. DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., p. 1952, ofrece dos razones: la primera, que de las expresiones “muerte del deudor” o “la pensión no se extingue” únicamente cabe inferir que se trata de una deuda que ya existía en vida del causante; la segunda, que sería una ficción calificar la pensión de gravamen que nace *ex lege*. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción*, cit., pp. 110-112, considera que es una deuda preexistente transmisible *mortis causa* porque es una deuda no personalísima, y además resalta que en su transmisibilidad reside el criterio que lo diferencia de la pensión alimenticia, ya que en esta última, la muerte del deudor sí extingue la deuda. Asimismo, señala que “en la inicial propuesta del Gobierno se establecía la transmisión *mortis causa* de la deuda sin ningún tipo de excepción o correctivo, siendo numerosas –

compartimos plenamente pues se trata de una deuda que preexiste a la apertura de la sucesión y que no se extingue por la muerte del causante.

En este trabajo examinaremos únicamente el segundo elemento condicionante, es decir, el que se refiere a los derechos en la legítima; si bien, no por ello podemos dejar de resaltar lo curioso de esta “deuda hereditaria” de la que el heredero responderá *intra vires* por virtud de la ley¹¹. Precisamente por ello, algunos autores han querido entender que, como quiera que con el beneficio de inventario el heredero sólo responde *intra vires*, esta acción sólo podrá ejercitarse cuando aquél hubiese aceptado pura y simplemente¹²; criterio que no comparte otro sector doctrinal¹³ y al que nos adherimos toda vez que la solicitud del beneficio de inventario no debería obstar al heredero sensato que, en aras a proteger y priorizar los derechos de los restantes acreedores hereditarios (que entendemos también es la finalidad del precepto), decida ejercitar la acción del 101 CC y solicitar la supresión o

y de diverso signo- las enmiendas que las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria formularon a dicho texto. Fue en el Informe de la Ponencia en donde se dió a la norma la redacción que, pese a las discusiones a que dio lugar en el Congreso y en el Senado, terminó convirtiéndose en Derecho aplicable”.

¹¹ Por todos, TORRES LANA, J.A.: “Comentario”, cit., pp. 796 y ss., quién entiende que el Código Civil ha considerado justo “obligar al heredero, pero sólo hasta el límite de su participación en la herencia, es decir, sin implicar su propio patrimonio. La solución es, hasta cierto punto, lógica si se considera que fue precisamente la fortuna del causante uno de los datos que se ponderaron en su momento al fijar el *quantum* de la pensión”. Este autor también critica la ambigüedad del precepto, razón por la que aclara que cuando el precepto habla de “necesidades de la ley” se refiere al importe que se fijó según las reglas del artículo 97 CC; y que la apreciación de la insuficiencia es un tema más económico-contable que jurídico, que deberá ser resuelto por el Juez. Además, dos cosas quisiéramos resaltar sobre esta deuda: la primera, que uno de los presupuestos de la acción es que el caudal hereditario en su conjunto no sea suficiente para hacer frente a la deuda, y no sólo el líquido hereditario. Así, la STSJ Cataluña 26 julio 1999 (RJ 2000, 748) fundamentó su decisión de mantener la pensión compensatoria aduciendo que el caudal hereditario podría soportar su pago a través de la enajenación de algunos inmuebles; la segunda, que la naturaleza jurídica de esta deuda *intra vires* es tan peculiar que GONZÁLEZ VICENTE, J.L.: “Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 758, 2016, p. 3421, entiende que “la pensión compensatoria, como deuda hereditaria, no participa de la naturaleza de otros débitos de la herencia, pese a que se satisfará por el heredero, pues difiere de aquellos, por su régimen jurídico peculiar. Estamos ante una deuda especial y de ‘inferior’ categoría, pues su propia razón de ser, puede provocar su extinción –no por su pago o cumplimiento como sería lo propio de cualquier obligación– sino por la cuantía del haber hereditario y el propio devenir personal de los sujetos implicados”.

¹² DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., pp. 1953-1954, dice expresamente que el artículo 101.2 CC no se aplica cuando hay beneficio de inventario “porque los herederos al no verse afectados por el pago de la pensión no necesitan ejercitar la acción de reducción o supresión de la deuda que les concede el mencionado precepto. La acción se concede, por tanto, sólo a los herederos que han aceptado la herencia pura y simplemente, pues sólo ellos tendrán que hacer frente con su propio patrimonio al pago de la pensión como parte integrante del pasivo hereditario”.

¹³ TORRES LANA, J.A.: “Comentario”, cit., p. 796 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción*, cit., p. 118, discrepan de que esta acción sólo sea posible cuando se acepta pura y simplemente por varias razones: primero, el beneficio de inventario requiere solicitud expresa, cosa que no sucede en este supuesto; segundo, el beneficio de inventario se extiende a toda la cuota, y no sólo a la pensión compensatoria; y tercero, el beneficio de inventario se concede para proteger los intereses del heredero mientras que el artículo 101 CC trata de compaginar los distintos intereses en juego.

reducción de la pensión compensatoria.

En definitiva, nuestro ámbito de estudio se centrará en la relación que se da entre el derecho a pensión compensatoria y los derechos de los legitimarios en este artículo 101 CC, siendo dos las cuestiones que brevemente nos gustaría tratar: en primer lugar, la expresión “sus derechos en la legítima”, que nos plantea la duda de si el heredero no legitimario o el legitimario no heredero pueden recurrir también a esta acción; y en segundo lugar, la deficiente redacción del precepto al establecer que el heredero podrá pedir la reducción o supresión de la pensión si esta “afecta” a sus derechos en la legítima, sin especificar ni exigir un determinado nivel de afectación¹⁴. Para poder acometer bien el estudio de estas dos cuestiones, conviene analizar previa y sucintamente la naturaleza del derecho a legítima.

II. BREVE REFERENCIA A LA LEGÍTIMA

1. Naturaleza jurídica del derecho a la legítima

El artículo 806 CC nos brinda una definición de legítima cuando señala que esta “es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”¹⁵. Esta definición ha sido ampliamente criticada por la doctrina¹⁶, que la ha considerado

¹⁴ Conviene mencionar que el legislador catalán ha sorteado estos problemas en su regulación de la transmisibilidad mortis causa de la pensión compensatoria. En efecto, el artículo 233-19 del Código Civil Catalán (Libro segundo) establece que “1. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por las siguientes causas: a) Por mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho. b) Por matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona. c) Por el fallecimiento del acreedor. d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció. 2. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y, si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor”. Dos cosas interesa resaltar de este artículo: la primera, que en este precepto se recoge de manera expresa que la pensión compensatoria se extingue por muerte del acreedor; la segunda, que en el Código Civil Catalán no parecen presentarse todas estas carencias e incoherencias de nuestro artículo 101 CC pues en ningún caso se hace mención a los derechos de los legitimarios; si bien todavía se mantiene la especialidad de la deuda en relación a su limitación *intra vires* al caudal hereditario.

¹⁵ Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios al Código Civil* (art. 806), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 923, el artículo 806 CC hay que ponerlo en relación con el artículo 763 CC, de forma que si el testador no tiene herederos forzosos goza de absoluta libertad de testar.

¹⁶ DÍEZ PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil IV, Derecho de sucesiones*, Universidad de Valencia, Valencia, 1967, p. 105, la tacha de “idea simplísima, tan simple que parece un poco el huevo de Colón, la herencia se divide en partes: hay una parte legítima, reservada a unas personas, y otra parte de libre disposición. Pero una idea tan simple es necesariamente falsa. Esta división de la herencia es puramente ficticia, intelectual, es una manera de hablar que no se corresponde con la realidad. Una herencia constituida con un solo bien (una finca, una casa) ¿Puede realmente decirse

inútil y desafortunada¹⁷. Empero, no todo lo que se ha dicho sobre este precepto es negativo, pues sí se ha elogiado la nota de *indisponibilidad* que lo impregna¹⁸: característica ésta por antonomasia de la legítima como *freno* a la libertad de testar¹⁹.

Sea como fuere, del tenor literal del artículo 806 CC se podría inferir que los legitimarios, a quienes se les conoce como *herederos forzosos*, ostentarán –y perdónese la redundancia– el título de heredero. Esta fue la tesis que prevaleció hasta los años 40 y que todavía cuenta con defensores²⁰; si bien, con el tiempo se han ofrecido nuevas teorías, como la que configura al legitimario como acreedor de un derecho

dividida en partes? La idea de partes o porciones dentro de la herencia es decididamente inexacta y necesita una adecuada interpretación.”

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 424; TORRES GARCIA, T.F. Y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I y II)”, en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T.F. Torres García), Atelier, Barcelona, 2012, p. 21.

Las críticas a este precepto son varias: en primer lugar, la cuota legitimaria con cargo a bienes hereditarios no existe siempre, bien porque la herencia es *damnosa*, bien porque ya se ha pagado en vida del *de cuius*. En segundo lugar, su cuantía es variable, ya que pueden haber concurrido anticipos también en vida del difunto, de manera que habrá que esperar al momento de cálculo y liquidación para saber si la legítima ya ha sido cubierta en vida o es necesario *complementarla* con parte de la herencia. En tercer lugar, a veces la legítima no da el dominio sobre esa porción al legitimario, sino un derecho distinto, como en el caso de la legítima del viudo. En cuarto lugar, el precepto habla de *testador* cuando en realidad se está refiriendo al causante o propietario de esa porción a la que se le prohíbe disponer de ella, bien como testador, bien como donante. Finalmente, la cuota legitimaria no siempre ha de discurrir por la senda de la participación en los bienes hereditarios, ya que el propio Código Civil establece en varias disposiciones fragmentarias la posibilidad de su *conversión* en derecho de crédito. Véase, en este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español* (art. 806), Tomo VI, 6º ed. Editorial Reus, Madrid, 1932, pp. 228 y ss.

¹⁸ TORRES GARCÍA, T.F. Y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima”, cit., p. 21.

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código Civil español* (arts. 806-819), Tomo XI, Edersa, Jaén, 1978, p. 14, señala que la habitual calificación de la legítima como *freno* o *limitación* en sentido *negativo*, no es una calificación absoluta, pues “del mismo modo que no hay reverso sin anverso, no existe en derecho nada negativo que no tenga un correlativo beneficiario, respecto del cual resulte positivo”, de manera que “la obligación de dejar la legítima es positiva, pues su contenido es un *dare* aunque sea *mortis causa*”.

²⁰ Entre otros, ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio “mortis causa”*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 184-186, defendió la tesis tradicional cuando comenzaban a despuntar otras que la negaban, y su argumento es que se puede distinguir en el seno del Código Civil “una *élite* formada por los tradicionales herederos forzosos: los descendientes y los ascendientes legítimos, frente a los *parvenus* de la legítima, que son los hijos naturales y el cónyuge viudo. Esta diferencia podrá impedir la conclusión de que *todos* los legitimarios son herederos, pero no justifica, desde luego, la generalización a la inversa, es decir, la afirmación de que *ningún* legitimario es heredero, por el hecho de que alguno no lo sea efectivamente”. También han considerado que la legítima es *pars hereditatis* ilustres autores como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “La naturaleza de la legítima”, *Anuario de derecho civil*, vol. 38, núm. 4, 1985, pp. 850 y ss; MÍQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.: “Reflexiones sobre la legítima”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum T.F. Torres García* (coord. por A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 987, quien de hecho critica que se haya vaciado de contenido la expresión *herederos forzosos*, considerándola un *status vocis* y uno más de los errores de nuestro CC; y RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Aranzadi Cizur-menor, Navarra, 2017, pp. 121 y ss.

hereditario²¹. Estamos, pues, ante el clásico debate acerca de si la legítima es un derecho de contenido *pars hereditatis*, *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*.

La primera de las teorías se ensambla con los argumentos de quienes consideran al legitimario un heredero, de forma que la legítima sería una cuota de herencia, o una parte alícuota, con todo su activo y pasivo. No obstante, esta corriente ha sido desvirtuada debido a que “significaría una contradicción que un contenido totalmente cubierto con la imputación de donaciones, o que se cubriera exclusivamente con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, fuera *pars hereditatis*, y que el legitimario que así obtuviera su porción debida tuviese que responder solidariamente de las deudas del caudal inherentes a toda *pars hereditatis*”²².

De otra parte, ROCA SASTRE²³ consideró en su día que la legítima es debida *pars valoris bonorum*, es decir, que lo que el legislador habría reservado a los legitimarios no es la porción de los bienes mismos, sino el valor de dicha reserva garantizado con una afección real sobre el patrimonio hereditario. No obstante, esta postura también ha sido criticada en razón a que al legitimario no se le ha concedido una acción personal para reclamar el valor de su cuota, sino que, y entre otras cuestiones, se le ha facultado para pedir la división de la herencia²⁴.

Por todo ello, en la actualidad, la consideración de la legítima como un derecho de

²¹ Para DÍEZ PICAZO, L.: *Lecciones*, cit., pp. 108-110, cualquiera de ambas teorías es incorrecta. Es incorrecto considerarle heredero porque la legítima no es un derecho sucesorio, ya que existe antes de la sucesión y también antes de la apertura de la sucesión puede ver terminado su ciclo vital. La legítima no es, por tanto, derecho sucesorio, pero sí penetra en el campo de las sucesiones, primero limitando de alguna manera la libertad testamentaria del causante, y segundo, a través de un “haz de facultades para la protección y defensa de su interés”. La falta de naturaleza sucesoria del derecho a legítima hace que no se le atribuya al legitimario un poder inmediato sobre la herencia, ya que, “para que así fuera sería menester que, en el momento de la apertura de la sucesión, se produjera una delación ex lege en favor del legitimario y esto según sabemos no ocurre en nuestro Derecho”, en el cual, “el legitimario no goza de una vocación legal, sino de un poder de impugnar la vocación testamentaria”. Tampoco, señala el autor, “nos encontramos ante un verdadero derecho de crédito porque no existe, en sentido estricto, un poder de exigir una prestación. Nos hallamos, pues, frente a un interés protegido a través de un complejo sistema de normas y mecanismos”.

²² VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., p. 17.

²³ ROCA SASTRE, R.M.: “Naturaleza jurídica de la legítima (teoría de la debitas *pars valoris bonorum*)”, *Revista de Derecho privado*, 1944, p. 203, señala que la legítima “tiene la misma contextura o calidad intrínseca de todos los derechos de realización de valor, y, por consiguiente, del derecho real de hipoteca; si bien se diferencia de ésta en que en la hipoteca, el derecho de realización de valor se produce en *funciones de garantía* del cumplimiento de una obligación, o sea con una accesoriidad tan enérgica que le resta autonomía, mientras que en la legítima es la titularidad sobre el valor que surge de un modo independiente o autónomo (...) Así, pues, la legítima tiene la naturaleza propia de derecho real de realización de valor que afecta a modo de *carga* o *gravamen* a todo el patrimonio hereditario, y, por consiguiente, a todos los bienes relictos, en su consideración de elementos integrantes del mismo”.

²⁴ Este es el criterio de VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., p. 25. No obstante, TORRES GARCÍA, T.F.: “La legítima”, cit., pp. 311 y ss., pone de manifiesto que esta cuestión no es pacífica, ni con la anterior, ni con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

contenido *pars bonorum* es la tesis mayoritaria²⁵, que aduce en tal sentido no sólo el tenor literal del artículo 806 CC –*porción de bienes*–, sino que el testador puede satisfacer la legítima anticipadamente a través de la donación. Ello implica que, como norma general, la legítima deberá ser satisfecha con bienes *in natura*, salvo en los supuestos en los que el propio CC prevé que pueda pagarse con dinero (arts. 821, 841 a 847 y 1056.2 CC)²⁶; y sin que el legitimario tenga por ello que responder por las deudas de la herencia²⁷.

2. El cálculo de la legítima

La cuestión relativa al momento y al cálculo de la legítima se resuelve en el artículo 818 CC, cuando ordena que “para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador²⁸, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”.

En cuanto al cálculo de la legítima, del tenor literal del precepto parece desprenderse la nítida necesidad de llevar a cabo dos operaciones aritméticas: una resta y una suma²⁹. La primera actuación que hay que hacer es valorar los bienes que quedasen del causante (*relictum*)³⁰ y detraer de ese valor el pasivo que no se hubiera extinguido

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., p. 17; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 488, y TORRES GARCÍA, T.F.: “La legítima”, cit., p. 320.

²⁶ En este sentido, TORRES GARCÍA, T.F.: “La legítima”, cit., p. 202, señala que “si bien se puede seguir afirmando que en el régimen del Código Civil la legítima se configura como *pars bonorum*, desde el punto de vista del pago se transforma en una *pars valoris bonorum* y ello no sólo en los casos en los que por existir determinados presupuestos objetivos éste se contempla –dinero extrahereditario–, sino en los que es suficiente que por una simple manifestación de voluntad formal del testador los legitimarios no adjudicatarios de los bienes deban conformarse con el metálico extrahereditario. Si bien hasta que este no sea efectivo se puede actualizar la reserva de *pars bonorum* que permanece latente hasta que el legitimario reciba su valor”.

²⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios*, cit., p. 924, que además señala que, a pesar de que la STS 26 abril 1997 (RJ 1997, 3542) considerase que la legítima era *pars hereditatis* y que el legitimario tenía derecho a una cuota no sólo en el activo, sino también en el pasivo, la mayoría de las decisiones judiciales se inclinan por considerar que la legítima es *pars bonorum* [SSTS 20 junio 1986 (RJ 1986, 4558); 8 mayo 1989 (RJ 1989, 3673); 7 noviembre 2006 (RJ 2006, 9165); y RRDGRN 1 marzo 2006 (RJ 2006, 3919); 25 febrero 2008 (RJ 2008, 2791); 17 octubre 2008 (RJ 2008, 637), entre otras].

²⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., pp. 482-483, pone de manifiesto que *testador* es una expresión impropia en este precepto, que se refiere a cualquier causante.

²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., p. 208.

³⁰ Para llevar a cabo dicha valoración habrá que atender a una serie de factores y reglas, como bien ha puesto de manifiesto la doctrina: en primer lugar, la valoración debe ser lo más objetiva posible, y no es necesario que se practique de forma pericial: puede hacerse de común acuerdo. En caso de litigio, el juez resolverá atendiendo a las tasaciones, datos oficiales o cotizaciones hechas por peritos. Asimismo, no se contarán dentro del activo los créditos incobrables, y los de cobro difícil se evaluarán por el precio que tendrían en venta. Véase MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., pp. 371-372; VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., pp. 207-230; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 481.

con la muerte del *de cuius*³¹, a excepción de las conocidas como *obligaciones testamentarias*. No está de más remarcar que, como bien ha dicho la doctrina, dentro del montante que se debe detraer hay que incluir las obligaciones del causante que se liquiden a su fallecimiento y las deudas que este tuviera con alguno de sus herederos, aunque se extingan por confusión³², así como las deudas aún no vencidas, pues “realmente disminuyen el haber partible”³³.

Este primer cálculo es el más importante pues la doctrina es clara a la hora de considerar que para que la legítima nazca con cargo a bienes de la herencia, esta ha de ser activa. Dice el maestro LACRUZ BERDEJO que “si un cálculo inicial demuestra que no hay tal remanente, por ser superiores las deudas del causante a los bienes que deja (y no haber hecho en vida donaciones de las que se cuentan en la *reunión ficticia*), no hay legítima, por falta de un caudal sobre el cual puedan los designados por la ley hacer efectivas sus eventuales pretensiones”³⁴.

Pues bien, al producto que se haya obtenido de esta resta habrá que sumarle el valor de las donaciones colacionables (*donatum*)³⁵, es decir, todas las donaciones realizadas en vida por el *de cuius*³⁶. En este sentido, MANRESA afirmó que todas las donaciones se entendían hechas con la limitación del artículo 636 CC, o lo que es lo mismo, “todas quedan en suspenso hasta la muerte del testador, porque siempre han de quedar en su día a salvo las legítimas”³⁷.

Una vez estudiados sucintamente los elementos más básicos de la legítima, ya podemos adentrarnos en el estudio concreto del artículo 101 CC y su interrelación con aquella.

³¹ No en vano, la mayor parte de comentaristas de este precepto se hicieron eco de que lo que hay que deducir son las *obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte*, tal y como indica el artículo 659 CC. Véase en este sentido, VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., p. 226. Precisamente porque no son deudas del difunto, sino deudas que surgen tras la muerte del mismo, algunos autores han considerado que las deudas de entierro y las demás que puedan surgir a causa de la apertura de la sucesión no deben detraerse para el cálculo de la legítima (entre otros MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 372, y LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 482). En el CCCat, el artículo 451.2 estipula expresamente que se deducirán *las deudas y los gastos de última enfermedad y del entierro o la incineración*.

³² VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios*, cit., p. 227.

³³ MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., pp. 371-372.

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos*, cit., p. 480.

³⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios*, cit., p. 936. La doctrina y jurisprudencia han entendido que cuando el artículo 818 CC habla de donaciones colacionables no se está refiriendo al tecnicismo legal de donación colacionable en el sentido del artículo 1035 CC. Véase en este sentido MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., pp. 373-374, cuando menciona las SSTs 4 mayo 1889 y 16 junio 1902, fijándose así la doctrina de que “deben considerarse colacionables todas las donaciones hechas por el testador durante su vida, ya en favor de herederos forzosos, ya en favor de personas extrañas”.

³⁶ No se prevé lo mismo en Cataluña, pues el artículo 451.5 CCCat establece que sólo se agregará el valor de los *bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte*.

³⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 370.

III. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 101 CC

1. Una pequeña incoherencia del sistema: ¿cómo armonizar este precepto con el resto de articulado?

Hemos hecho referencia *ut supra* a que, de acuerdo con la tesis mayoritaria, el legitimario no es necesariamente heredero. Conviene ahora traer a colación la redacción del artículo 101 CC en donde se dice que los herederos (del deudor) podrán solicitar del Juez la reducción o supresión (de la pensión compensatoria), si el caudal hereditario afectara a “sus” derechos en la legítima. ¿Cómo habremos, pues, de interpretar este precepto? ¿Es que acaso el artículo 101 CC está partiendo de la tesis, ya casi extinta, según la cual el legitimario es siempre heredero? ¿De qué otra manera se puede, sino, interpretar este artículo que habla de los derechos a legítima del heredero?

Nosotros nos resistimos a considerar que el legislador vino con este precepto a afirmar lo que en otros se niega, esto es, que el legitimario es siempre heredero. Creemos más bien que el yerro se debe, una vez más, a la deficiente técnica del legislador estatal. Sea como fuere, y de acuerdo a la redacción actual del precepto, cabría preguntarse si pueden ejercitar esta acción el heredero no legitimario y el legitimario no heredero³⁸.

En cuanto al primero, creemos que no, que el heredero no legitimario no puede recurrir a esta acción por la simple razón de que él no es el interesado³⁹. La responsabilidad *intra vires* del heredero por la pensión compensatoria que establece el artículo 101 CC parece tener como finalidad no sólo proteger el patrimonio personal del heredero, sino también la legítima; pero que ello sea así no puede llevarnos a creer que el heredero podrá proteger la legítima del tercero legitimario, pues ello sería contrario a los preceptos del Código Civil cuando establecen, como hace el 815 CC, que será el legitimario quien haya de exigir su derecho de manera íntegra.

En cuanto al legitimario no heredero, la respuesta ya no parece tan sencilla. De una parte, se podría argüir una solución negativa también, y ello debido a un motivo claro: la falta de adquisición de la cualidad de heredero. El legitimario no heredero no se subroga en la posición del difunto y no responde de las deudas hereditarias ni de las legítimas. No obstante, si negamos legitimación al legitimario no heredero, de una parte, por no ser heredero; y negamos legitimación al heredero no legitimario, de otra, por no ser el interesado, dejaríamos vacío de contenido este precepto en el

³⁸ En este sentido, TORRES LANA, J.A.: “Comentario”, cit., p. 797, se limita a señalar que la legitimación activa corresponderá a los herederos o legitimarios sin concretar mucho más.

³⁹ Sobra decir que esta es la solución que preconizamos para el único caso de que la acción se ejercite en defensa de los derechos de los legitimarios, pues tal y como puso de manifiesto DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., p. 1958, no cabe duda de que cuando la reducción o extinción se pide por insuficiencia del caudal hereditario, el heredero no legitimario estará plenamente legitimado para ejercer la acción pues, al ser ellos los responsables del pago de las deudas, son ellos también “los directamente protegidos por la norma”.

caso de que las cualidades de heredero y legitimario no recaigan en la misma persona.

Es claro, pues, que existe una contradicción o incoherencia interna cuando el precepto habla de “herederos” por una parte y de “sus derechos en la legítima” de otro. Una vez constatada la incoherencia, tres son las soluciones posibles. La primera, defender una interpretación literal del precepto, lo que nos llevaría a inaplicar esta acción cuando el accionante no sea a su vez heredero y legitimario, tesis que desecharemos de inmediato. La segunda opción es entender, tal y como ha hecho cierta doctrina, que ambos están legitimados. Quien así lo considera arguye que, a pesar de lo dudoso que pueda resultar otorgarle legitimación al heredero por no ser este el interesado, esto se puede salvar ya que “si el Juez estima que el pago de esta deuda afecta el derecho de los legitimarios, suprimirá la deuda, pero es que, a la vez que está aumentando la cuota legitimaria, está extinguiendo una obligación de los herederos, puesto que son ellos los responsables de su pago. Estas consideraciones conducen a conceder en todo caso la legitimación a los herederos y a los legitimarios”⁴⁰. Nosotros no estamos de acuerdo con esta tesis porque a priori al heredero no le beneficia la supresión o reducción de la pensión compensatoria destinada a proteger los derechos de los terceros legitimarios. Es decir, el heredero únicamente cambia de acreedor, hecho que estimamos no debe redundar en su legitimación a efectos de solicitar la supresión o reducción de la pensión compensatoria⁴¹.

Por último, la tercera opción posible consistiría en salvar la incoherencia del precepto dándole prioridad a alguna de las expresiones empleadas en el precepto, o bien “herederos” o bien “sus derechos en la legítima”. En nuestra opinión, debe dársele prioridad a esta última, toda vez que la expresión “herederos” no debe interpretarse de manera rígida. Sí es cierto que, en principio, serán estos quienes respondan por esta deuda sucesoria⁴²; pero no es menos cierto que el testador puede imponer el pago de la citada pensión a un legatario por ejemplo⁴³, hecho que no excluiría la responsabilidad del heredero, salvo que se trate de un supuesto de distribución de toda la herencia en legados⁴⁴. En este caso es importante aclarar que, a pesar de tratarse de un legado, y por lo tanto, de una obligación testamentaria,

⁴⁰ DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., p. 1958.

⁴¹ El heredero únicamente resultaría interesado si existiese una diferencia sustancial entre lo que debiese haber pagado por pensión compensatoria y lo que tenga que pagar tras su supresión o reducción por legítima; si bien, ni siquiera en ese caso entendemos que deba el heredero estar legitimado, pues no creemos que rebajar la carga de esta deuda para el heredero para que tenga más “beneficio” sucesorio sea la finalidad de este precepto.

⁴² Asimismo, y como señala BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La extinción de la pensión compensatoria”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 745, 2014, p. 2495, nada impide que los herederos lleguen a un acuerdo con el acreedor de la pensión para adjudicar bienes en la partición a un único heredero con asunción de la deuda.

⁴³ Esta posibilidad es admitida por ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 101”, cit., p. 647 y DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., pp. 1961-1962.

⁴⁴ Siguiendo a GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 389, cabría señalar que en este caso los legatarios responderían frente a los acreedores hereditarios, entre los que se incluiría el pensionista, hasta el límite de lo legado.

la deuda seguiría considerándose deuda transmisible mortis causa y como tal, habría de computarse en el pasivo a la hora de valorar el *relictum* a efectos de cálculo de la legítima.

2. Una carencia de tecnicismo: ¿se puede acudir a esta acción siempre y en todo caso?

Asimismo, y como también mencionamos *ut supra*, para el cálculo de la legítima se han de tener en cuenta todas las deudas que no se extinguen a la muerte del deudor, incluida, como no, la posible pensión compensatoria en favor del ex cónyuge superviviente. Si partimos de esta premisa no cabe duda de que la inclusión de la pensión compensatoria en el cálculo de la legítima siempre va a “afectar” a los derechos de los legitimarios, por mucho o poco que sea. Es decir, en el mismo momento en el que la pensión compensatoria se incluye en el *relictum* para el cálculo de la legítima se estarán cumpliendo los presupuestos de ejercicio de la acción, pues la cuantía final de la legítima será inferior, es decir, se verá “afectada” por la pensión compensatoria.

Esto ya se ha hecho notar por cierto sector doctrinal, que visibiliza la cuestión al señalar, en alusión a la pensión compensatoria, que “todas las deudas del causante afectan a la legítima, puesto que todas ellas al tener que ser satisfechas o calculadas en primer lugar detraen o restan bienes del activo, disminuyendo, y por lo tanto, afectando a la legítima”⁴⁵.

Esta conclusión, que resulta obvia, parece no haberla previsto el legislador, que sólo estableció que la pensión compensatoria podrá ser suprimida o reducida cuando la misma “afecte” a los derechos de los legitimarios. Sin embargo, y sin ánimo de resultar reiterativos, conviene resaltar que la interpretación literal del artículo daría lugar a que esta acción pueda ser ejercitada prácticamente siempre ya que: si la herencia es insolvente, afecta al pago de las otras deudas hereditarias; y si la herencia es solvente, afecta a los derechos de los legitimarios⁴⁶.

Pero, ¿es esto lo que de verdad quería el legislador? La poca doctrina que ha reflexionado sobre esta cuestión entiende que no, que la intención del legislador no era prever una acción de recurso automático, sino que es necesario buscar un significado al término “afectar”. Varias teorías son las que se han ofrecido, dos de ellas, de la Profesora DE LA HAZA, que entiende que: o bien se considera que la pensión afecta a los derechos de los legitimarios cuando la participación de estos en la herencia es menor al crédito de la pensión compensatoria, de una parte; o bien que el acreedor de la pensión es el ex cónyuge del causante, obligando así a distinguir si el causante dejó otro cónyuge viudo y si dicha pensión compensatoria concurre con un usufructo viudal sobre la herencia, de otra⁴⁷. No nos parecen

⁴⁵ DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., p. 1954.

⁴⁶ Únicamente no sería admisible la acción en el caso de que no existiesen legitimarios en relación a una determinada herencia solvente.

⁴⁷ DE LA HAZA, P.: “La transmisión”, cit., p. 1955.

adecuadas ninguna de las teorías expuestas, al igual que un sector doctrinal que también hace notar los puntos flacos de ambas⁴⁸.

Una tercera teoría es la del Profesor TORRES LANA, que concluye lo siguiente: “1º El derecho a la pensión afectará, en todo caso, a la porción de que el causante podía disponer al momento de su muerte; 2º en relación a esta porción y hasta el montante de la misma, el derecho del pensionista prevalece sobre el del heredero, y 3º el derecho cede ante la porción legítima del caudal, fijada según las reglas generales”⁴⁹. Tampoco compartimos esta interpretación por una única razón: este autor parte de la base de que la pensión compensatoria es una deuda normal, transmisible *mortis causa*, llegando incluso a decir que el acreedor de la misma será un acreedor “más, ni siquiera particularmente privilegiado, si bien puede usar de las garantías que articula el art. 1082, y desde luego, de las específicamente constituidas según el art. 97, *in fine*”⁵⁰.

En nuestra opinión, o se sostiene una cosa o la otra, pero no ambas. Es decir, o la pensión compensatoria es una deuda normal, de las que se incluye en el *relictum* para calcular la legítima, o es una deuda especial, que no se tiene en cuenta para el cálculo de la legítima y que se ha de pagar necesariamente con el tercio de libre disposición. Ilustraremos que tales consideraciones son excluyentes con un ejemplo bien sencillo: supongamos que el caudal hereditario tiene un valor de 90 unidades, y la pensión capitalizada de 60. En este caso podremos comprobar que la solución a la que se llega será bien distinta si se incluye la pensión compensatoria en el *relictum* o no. Si la pensión compensatoria no se incluye en el *relictum*, la legítima tendría un valor de 60, por lo tanto, al heredero sólo le restaría 30 para el posible pago de la pensión compensatoria (es decir, habría que reducirla hasta la mitad). Por el contrario, si la pensión compensatoria se incluyese en el *relictum*, el valor de este sería de 30 (a 90 le deduciríamos los 60), por lo tanto, la legítima pasaría a ser de 20 unidades en lugar de 60, supuesto en el que el heredero sí podría hacer frente a la deuda compensatoria por completo.

Como podemos observar, no se puede argüir que la pensión compensatoria es una deuda normal, de una parte, y que su pago únicamente afectará al tercio de libre disposición, de otra. Dos son pues las únicas interpretaciones posibles: primero, que se considere la pensión compensatoria una deuda sucesoria “normal”, obviando las

⁴⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción*, cit., pp. 121 y ss., señala que no le resultan demasiado convincentes. La misma autora propone una solución intermedia, que consistiría en “entender que ese no afectar a los derechos en la legítima se refiere, exclusivamente, a la intangibilidad cualitativa de la misma. Así, la pensión por desequilibrio económico, como deuda del causante, recibiría el tratamiento propio de éstas, de forma que el cálculo de los que los herederos forzosos habrían de recibir por legítima sólo se efectuaría con posterioridad, después de detraídas todas las deudas del causante. En esta interpretación, el respeto a los derechos de los legitimarios se traduciría en la imposibilidad de verla gravada de acuerdo con lo estipulado en el artículo 813.2º CC”. No obstante, la propia autora confiesa que “semejante interpretación, aunque ingeniosa, resulta un tanto forzada”, reiterando que “la interpretación coherente del artículo 101.2º se revela harto difícil”.

⁴⁹ TORRES LANA, J.A.: “Comentario”, cit., p. 797.

⁵⁰ TORRES LANA, J.A.: “Comentario”, cit., p. 796.

atipicidades que ya le son propias, que sí se tiene en cuenta para calcular la legítima; o bien que se trata de una deuda sucesoria totalmente anómala que no se incluye en el *relictum* y que se deberá pagar con cargo al tercio de libre disposición. En nuestra opinión, la interpretación más racional y respetuosa con los principios generales de nuestro Derecho sucesorio es la primera, es decir, que la pensión compensatoria es una deuda sucesoria que sí se ha de incluir a la hora de calcular la legítima.

Somos conscientes, sin embargo, que esta interpretación no aclara cómo se ha de interpretar el término “afectar”. Al respecto creemos que se ha de interpretar este precepto en el sentido de que será posible la solicitud de supresión o reducción de la pensión compensatoria únicamente cuando la misma afecte “significativamente” a los derechos de los legitimarios. Esta solución dejaría, tal y como creemos que debe ser, la función de evaluar si la afección es relevante o no en manos del Juez. Es decir, si retomamos el ejemplo de antes, se observará que la afección de la legítima era cuantitativa, ya que pasaba de un valor de 60 a 20. Pues bien, lo que creemos es que en ese caso tendría que ser el Juez quien valorase si la pensión afecta significativamente a los derechos de los legitimarios y si procede o no su supresión o reducción, y en qué medida. Esta es la solución que creemos más acorde con el tenor literal del artículo 101 CC y el resto de normas sucesorias.

IV. CONCLUSIONES

Es fácil apreciar el acierto de la doctrina que ya hace varias décadas denunciaba la oscuridad del artículo 101 CC. Son muchas las incoherencias que se aúnan en este precepto, si bien, las más importantes son tres: primero, que establece una responsabilidad *intra vires* del heredero que se limita en exclusividad a esta atípica deuda sucesoria; segundo, que no regula atinadamente en qué condiciones es posible el recurso a la acción, pues se limita a señalar que se podrá pedir la supresión o reducción de la pensión compensatoria cuando ésta “afecte” a los derechos en la legítima; y tercero, que viene a complicar el clásico debate acerca de la naturaleza jurídica del legitimario, cuando establece, como presupuesto para la acción, que se afecten “sus” derechos en la legítima, es decir, los derechos en la legítima de los herederos.

Como hemos podido observar, las teorías que se han ofrecido con la intención de darle sentido y coherencia al artículo 101 CC con el resto de normas sucesorias parecen totalmente insuficientes. Por eso, convendría *de lege ferenda*, una simple revisión o modificación del artículo con el fin de hacer menos problemático su encuadramiento dentro del ordenamiento civil general. Y así, el legislador puede optar por simplificar los presupuestos de la acción, tal y como ha hecho ya el legislador catalán; o puede también modificar su redacción para eliminar ciertas incongruencias.

He aquí una propuesta: “No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda. También podrán los legitimarios solicitar del Juez la

reducción o supresión de la misma cuando afectara significativamente a sus derechos en la legítima”.

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La extinción de la pensión compensatoria”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 745, 2014.

CRISCUOLI, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milán, 1980.

DE LA HAZA, P.: “La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio”, *Actualidad civil*, vol. 2, 1988.

DÍEZ PICAZO, L.: *Lecciones de Derecho Civil IV, Derecho de sucesiones*, Universidad de Valencia, Valencia, 1967.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios al Código Civil* (art. 806), Lex Nova, Valladolid, 2010.

GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA VARELA, R.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta), Bosch, Barcelona, 2000.

GONZÁLEZ VICENTE, J.L.: “Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor: la pervivencia de la deuda y los herederos como deudores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 758, 2016.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

LACRUZ BERDEJO, J.M.: *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español* (art. 806), Tomo VI, 6º ed., Editorial Reus, Madrid, 1932.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, a la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil, volumen IV. Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre), 5ª ed., Edisofer, 2016.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M.: “Reflexiones sobre la legítima”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum T.F. Torres García* (coord. por A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

NAVARRO MIRANDA, J.R.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Vol. I, 2º edición, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “La naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, núm. 4, 1985.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, 3ª ed., Comares, Granada, 2009.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

ROCA SASTRE, R.M.: “Naturaleza jurídica de la legítima (teoría de la debitas pars valoris bonorum)”, *Revista de Derecho privado*, 1944.

ROCA TRÍAS, E.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil” en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1984.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Aranzadi Cizur-menor, Navarra, 2017.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio “mortis causa”*, Edelce, Sevilla, 1951.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005.

TORRES GARCÍA, T.F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I y II)”, en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T.F. Torres García), Atelier, Barcelona.

TORRES LANA, J.A.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código Civil español* (arts. 806 - 819), Tomo XI, Edersa, Jaén, 1978.



CUESTIONES PROCESALES ACERCA DE LA DISOLUCIÓN Y DE LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN *

PROCEDURAL ISSUES ABOUT THE DISSOLUTION AND LIQUIDATION OF THE COMMUNITY PROPERTY IN THE EXECUTION PROCESS

VANESA MARTÍ PAYÁ

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza

vmarti@unizar.es

RESUMEN: En el presente trabajo se examinan los problemas que surgen en un proceso de ejecución civil cuando la parte ejecutada es uno solo de los cónyuges por una deuda privativa y, sin embargo, los bienes gananciales de la comunidad se convierten en el objeto del posible embargo. ¿Con qué mecanismos de tutela cuenta el cónyuge no deudor llegado este momento? ¿Cómo puede incidir en el iter procesal? ¿Quién decide sobre la disolución de la comunidad de bienes gananciales? Una vez acordada la disolución de la comunidad de gananciales ¿cuándo se ha de practicar la liquidación? ¿Podría solicitar el ejecutante la liquidación por subrogación? ¿Y de oficio? ¿Podrían verse mermados los derechos de la parte ejecutante? ¿Qué sucede cuando la disolución de la comunidad de gananciales se pretenda invocar con motivo de un embargo preventivo de bienes gananciales? A todas estas cuestiones se pretende dar respuesta y ofrecer propuestas cuando legislador ha guardado silencio

PALABRAS CLAVE: comunidad de bienes, disolución, liquidación, embargo, cónyuge, ejecución civil.

ABSTRACT: *This paper examines the problems that arise in a civil enforcement process when the executed party is one of the spouses for a private debt and the object seizure fall on the assets of community property. What means of defense does the non-debtor spouse have? How does it affect at process? Who decides on the dissolution of the community property? To these and other questions which the legislator has kept silence, we will answer.*

KEY WORDS: *community property, dissolution, liquidation, seizure, spouse, civil enforcement.*

FECHA DE ENTREGA: 30/05/2018 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 30/06/2018

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación DER 2016-79363-R, dirigido por el prof. Dr. D. J.F. HERRERO PEREZAGUA y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.330

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN FRENTE A BIENES GANANCIALES.- 1. La determinación y localización de los bienes.- 2. La ejecución frente a bienes gananciales.- III. CASUÍSTICA PROCESAL DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES.- 1. La disolución de la comunidad de bienes gananciales.- 2. La liquidación de la comunidad de bienes gananciales.- IV. EMBARGO PREVENTIVO Y DISOLUCIÓN DE BIENES GANANCIALES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La comunidad de bienes gananciales constituye un régimen económico singular de responsabilidad patrimonial¹ en la que, como tal, no puede responder – dado que no tiene personalidad jurídica propia nunca será deudora y, por ende, tampoco ostentará la legitimación pasiva necesaria para ser parte en un proceso de ejecución– pero sí pueden hacerlo los bienes que la componen. Por ello, aunque la comunidad de bienes gananciales no pueda contraer obligaciones, sus miembros (los cónyuges) sí pueden contraerlas y transformarlas en deudas gananciales provocando que el patrimonio de la comunidad responda en un proceso de ejecución.

Cuando la deuda es contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, no existe inconveniente a la hora seleccionar bienes gananciales concretos² y afectarlos a la ejecución sin tener que disolver ni liquidar la comunidad de bienes gananciales. El problema surge cuando es uno de los cónyuges el que ha contraído la deuda a título personal y sus bienes privativos, en caso de haberlos, no son suficientes para saldarla. En este caso, solo debe afectarse a la ejecución la parte del patrimonio de la comunidad de gananciales que le corresponde al cónyuge que debe.

Sin embargo, como la comunidad de bienes de gananciales constituye un modelo de sociedad germánica³ en cuanto a la designación de cuotas ideales, no existen bienes

¹ SENÉS MOTILLA, C: *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000, p.128.

² Sobre este particular,, GUILARTE GUTIÉRREZ, V: “De las partes de la ejecución. Artículo 541”, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III (Dir.: LORCA NAVARRETE), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2565, se cuestiona cómo es posible que los cónyuges puedan ostentar la titularidad actual sobre la integridad de un bien y se permita despachar la ejecución contra este bien ganancial concreto si la deuda es asumida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y, sin embargo, no se les reconozca esa misma titularidad del cincuenta por ciento cuando solo debe uno de ellos.

³ La Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad) resolución núm. 100/2006, 30 enero 2006 (RJ 2006, 3910) considera a la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico recogiendo en su considerando cuarto que esta concepción encontraba su justificación en el art. 1344 CC. Al respecto, ya se había pronunciado anteriormente en RDGRN 2 febrero 1983 (RJ 1983, 1088) y RDGRN 25 noviembre 2004 (RJ 2004, 8154).

No obstante, la doctrina no es uniforme y, de hecho, es un asunto sobre el que el legislador no se ha pronunciado. A este respecto, RAGEL SÁNCHEZ, L.F: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de*

concretos de cada uno de los cónyuges que puedan resultar afectados por la ejecución dado que son indisponibles a título individual. Es por ello que para que puedan afectarse solo los bienes gananciales del cónyuge deudor, la comunidad de gananciales debe previamente liquidarse (arts. 1396 y ss CC) y disolverse (arts. 1344 CC y 1393.II CC).

II. EL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN FRENTE A BIENES GANANCIALES

Cuando el órgano jurisdiccional acuerda la ejecución debe afectar los bienes que serán objeto de esta. Su decisión sobre qué bienes resultan afectados, cuáles no y con qué prioridad no es arbitraria, de hecho, su conducta está sujeta a una serie de pautas procedimentales impuestas “ex lege” (art. 584 y ss LEC).

1. La determinación y localización de los bienes

Para una correcta consecución de la ejecución los bienes deben determinarse y localizarse primero. Si en el momento de interponer la demanda ejecutiva el acreedor conoce la existencia de bienes de su deudora puede hacerlo constar en ella (ex. art. 549.1.3º LEC) y si, además, puede precisar si su carácter es privativo o ganancial todavía mejor. Si estos bienes concretos fueran suficientes para hacer frente a la deuda no será necesario requerir a la parte contraria para que manifieste sus bienes y derechos. Si no lo fueran o si el acreedor desconociera de su existencia, el letrado de la administración de justicia procederá a realizar tal requerimiento mediante diligencia de ordenación (art. 589.1 LEC)⁴; e incluso, a petición del propio ejecutante, podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que pudieran tener información sobre el

un cónyuge, Tecnos, Madrid, 1987, p. 44, señalaba que la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales no tiene una solución exacta y definitiva en nuestro derecho porque aunque la mayor parte de la doctrina (refiriéndose a CASTÁN, DE CASTRO, PUIG BRUTAU... entre otros) la considera una comunidad de tipo germánico, sus caracteres no se reflejan en toda su pureza ya que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la disolución del régimen económico matrimonial y ello no impide que el matrimonio se mantenga. Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “De las partes”, cit., p. 2566, afirma que sobre los concretos bienes comunes existe una propiedad actual por cuotas del cincuenta por ciento a favor de cada cónyuge que son indisponibles e inembargables durante la vigencia del régimen económico matrimonial. Y es la indisponibilidad la que provoca la necesidad de disolver la comunidad de gananciales como única vía para disipar la inembargabilidad. Además, se pronuncia sobre lo sencillo que hubiera resultado establecer que sobre los bienes comunes existe una comunidad ordinaria que permite la traba de cuotas individuales en cada bien y no necesariamente sobre la totalidad del patrimonio común en términos determinantes del previo proceso liquidatorio universal. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La división de bienes: requisitos jurisprudenciales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE 2014, núm. 1, p. 133, pone como ejemplo de comunidad germana a la sociedad de gananciales porque ninguno de los cónyuges puede disponer de su cuota durante su vigencia y solo al finalizar esta se les adjudica el 50 % del valor de los bienes gananciales.

⁴ Si se produjera tal llamamiento y el ejecutado desobedeciera, el ejecutante incluso podrá solicitar al tribunal que lleve a cabo una investigación judicial del patrimonio del ejecutado y podría ser sancionado por desobediencia grave (arts. 589 y 590 LEC).

patrimonio del ejecutado (art. 549.1.4º en relación con el 551.3.2º y 590 LEC).

Una vez identificados los bienes, el tribunal realiza una selección de entre todos ellos a partir de un orden establecido expresamente en la ley (arts. 584 y 592 LEC) para, finalmente, hacer efectivo el embargo (arts. 585.I y 587.1 LEC).

2. La ejecución frente a bienes gananciales

La gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges y, a pesar de que la comunidad de gananciales no puede soportar deudas, sus bienes sí responden directa, solidaria o subsidiariamente de casi todas las contraídas por los cónyuges que las administran (ex. 1362 a 1391 CC). Por ello, y pese a que el art. 541.1 LEC recoge de forma expresa la prohibición de despachar la ejecución frente a la comunidad de bienes gananciales⁵, ello no obsta para que la ejecución sí se extienda a los bienes que la integran pese a no ser esta la parte ejecutada.

Ahora bien, para saber el carácter – principal, solidario o subsidiario – con que los bienes gananciales podrían responder de la deuda, habrá que determinar si se trata de una deuda privativa o ganancial y al modo en que ha sido contraída esta. Y así, a grandes rasgos, distinguimos:

A) Si la deuda ha sido contraída por uno solo de los cónyuges⁶ podrán verse afectados los bienes gananciales con carácter solidario⁷ únicamente cuando por

⁵ Del marco sustantivo de la comunidad de bienes gananciales se ocupan los arts. 1344 a 1410 CC ubicados en su Libro IV “De las obligaciones y contratos”, Título III “Del régimen económico matrimonial”, Capítulo IV “De la sociedad de gananciales”. No obstante, la conexión del art. 541 LEC con los preceptos recogidos en el CC no se limita a este grupo, pues se encuentra también vinculado a muchos otros preceptos como, por ejemplo, el art. 1319.II CC. En ellos, pese a referirse a la misma institución, la denominan “sociedad” e incluso en algunos ordenamientos jurídicos forales, los bienes gananciales reciben el nombre de bienes consorciales (como sucede en Aragón o Navarra).

⁶ Con independencia de que la deuda sea asumida por ambos cónyuges o solo por uno de ellos sin el consentimiento del otro, como se trata de una actuación que repercute en la comunidad de gananciales, se la considera deuda ganancial.

⁷ La falta de rigor de la solidaridad expuesta en este precepto es criticada por la doctrina, RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *Ejecución*, cit., p. 153 y MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, 2ª Ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, p. 472. Concretamente, RAMS ALBESA, J. y LACRUZ BERDEJO J.L.: *Elementos de derecho civil: Familia IV*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 200, reconoce que es un tanto impropio llamar solidaridad a la sujeción de los bienes de la sociedad de gananciales porque el acreedor tiene un solo deudor (cónyuge con quien contrató) con lo que solo a este podrá demandar (a excepción, como dicta la norma de las deudas que se contrajeran en el ejercicio de la potestad doméstica donde el cónyuge no deudor podrá ser demandado subsidiariamente) y, en consecuencia, no tiene la opción de elegir entre varios deudores con el fin de demandar a uno solo por el total.

A este respecto, MARTÍN BRICEÑO, M.R.: “La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge”, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 8, Cuarto trimestre de 2015, La Ley 5936/2015, p. 13, concreta que será una deuda que se imputará al pasivo

disposición legal la deuda constituya una carga de la comunidad de gananciales (art. 1369 CC), en cuyo caso, responden desde el principio.

B) Si se trata de una deuda privativa contraída por uno solo de los cónyuges, este responderá con su patrimonio personal y, solo en el caso de que sus bienes privativos sean insuficientes para cubrir la totalidad de la deuda, el acreedor podrá exigir el embargo de bienes gananciales (art. 1373.I CC) respondiendo estos subsidiariamente⁸.

C) Si la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con consentimiento del otro, la obligación alcanza el patrimonio común tanto sea la deuda privativa como ganancial habida cuenta que tanto si la actuación es común como si se da el consentimiento por parte de uno y actúa el otro, ambos cónyuges han prestado su conformidad para que se realiza una determinada actuación (art. 1367 CC).

De hecho, en lo que atañe a los dos primeros supuestos, también en el plano procesal existen diferencias. En el primer caso, el embargo debe notificarse al cónyuge no deudor dándole traslado de la demanda y del auto que despacha ejecución (y aunque no se diga expresamente, también del decreto del letrado de la administración de justicia) para que pueda oponerse a ella dentro del plazo ordinario – fundándola en las mismas causas de las que podría hacer uso el ejecutado – así como también alegar que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se ejecuta⁹. Todo ello pese al hecho de que no contrajo la deuda ni aparezca como parte ejecutada¹⁰; e incluso, como último recurso, la ley le brinda la posibilidad de solicitar la disolución de la comunidad de bienes (art. 541.2 LEC)¹¹. En el segundo supuesto, el cónyuge no deudor deberá ser notificado del embargo de bienes gananciales inmediatamente y tendrá derecho a interponer los recursos y utilizar los mismos medios de impugnación que su cónyuge para defender el acervo común (art. 541.4 LEC) además de poder solicitar directamente la disolución de la comunidad de gananciales y exigir que los bienes comunes sean sustituidos en la traba por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la comunidad (ex. art. 1373 LEC). Será entonces cuando el tribunal, después de dar audiencia a los cónyuges, resuelva sobre si procede o no la división¹² del patrimonio común (art. 541.3 LEC) y

de la sociedad de gananciales; aunque la solidaridad de la que habla es una mera solidaridad de patrimonios responsables.

⁸ A este respecto, RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *Ejecución*, cit., p.31, concreta que una deuda propia o privativa “debe satisfacerse en primer lugar sobre el patrimonio privativo del deudor, mientras que si se trata de una deuda consorcial, el acreedor podrá dirigirse directamente contra los bienes gananciales”.

⁹ En este caso corresponde al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales.

¹⁰ De hecho no se exige litisconsorcio pasivo necesario.

¹¹ Podría añadirse un último caso, no regulado en el art. 541 LEC, por el que los bienes gananciales responden también pero que, al ser consecuencia de un negocio jurídico en el que la deuda ha sido contraída por los dos cónyuges, ambos sujetos aparecerán reflejados como deudores en el título ejecutivo, sin que se trate de un supuesto que tenga ninguna peculiaridad.

¹² MEDRANO SÁNCHEZ, J. I.: “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón”, en *Actas de los decimoterceros encuentros de derecho aragonés*, Cometa, Zaragoza, 2003, p.41, precisa que la

suspenda la ejecución en lo que respecta a estos bienes comunes. En conclusión, entre el apartado segundo y el apartado tercero del art. 541 LEC advertimos tres diferencias:

A) La primera en relación con la documentación que se notifica al cónyuge no deudor: si se notifica solo el embargo (art. 541.3 LEC) es porque se trata de una deuda privativa de uno de los cónyuges y los bienes gananciales responden subsidiariamente mientras que, si además del embargo, se notifica la demanda, el auto por el que se despacha la ejecución y el decreto del letrado de la administración de justicia (art. 541.2 LEC), es porque la deuda, en principio, debe ser soportada por el acervo común, con lo que el embargo recaería directamente sobre este.

B) La segunda en lo concerniente a la posibilidad de alegar que los bienes gananciales no están afectos al pago de la deuda: el art. 541.3 LEC no lo permite. Cuando se plantea esta opción no se está valorando si la naturaleza de los bienes es ganancial o privativa lo que se discute es si los bienes deben afectarse o no a la ejecución.

C) En tercer lugar, en cuanto a la solicitud de disolución de la comunidad de gananciales, se podrá plantear directamente en el art. 541.3 LEC mientras que, el cónyuge no deudor del art. 541.2 LEC¹³, deberá pasar primero por negar la responsabilidad del acervo común.

III. CASUÍSTICA PROCESAL DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES GANANCIALES

El embargo de bienes se entenderá hecho desde que el letrado de la administración de justicia lo decreta¹⁴ o desde el momento en que el bien conste descrito en el acta de la diligencia de embargo (ex. art. 587.1 LEC). Notificado el embargo al cónyuge no deudor, si este decide invocar la disolución de la comunidad de bienes gananciales y el tribunal la acuerda, debe hacerse efectiva la división del patrimonio. Para ello, el tribunal acordará la suspensión de la ejecución respecto a los bienes comunes y seguirá los cauces previstos en los arts. 806 a 811 LEC para liquidarla.

redacción del precepto incurre en un error cuando hace alusión a que “resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio” cuando debió decir sobre la “disolución” dado que la división es el último escalón tras la liquidación.

¹³ Sin embargo, en atención de lo previsto en el art. 541.4 LEC, cuenta con la posibilidad de oponerse a la ejecución (ex. arts. 556 a 564 LEC), que según SABATER MARTÍN, A.: “De las partes de la ejecución. Artículo 541”, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, (Coord.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J. M^a y VALLS GOMBAU, J.F.), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 2611, es “un verdadero mecanismo de impugnación de las actuaciones ejecutivas”.

¹⁴ El letrado de la administración de justicia es el encargado de investigar los bienes del ejecutado (art. 551.3 LEC) para lo que decreta, en el mismo día o en el día siguiente al que se haya dictado el auto que despacha la ejecución: a) las medidas ejecutivas procedentes y, si es preciso, el embargo de bienes, b) las medidas de localización y averiguación de los bienes que procedan y c) el contenido del requerimiento de pago al deudor, cuando este sea preceptivo según la ley (art. 580 y ss LEC).

A este respecto interesa hacer un paréntesis en cuanto al hecho de obligar a la parte ejecutante a tener que esperar hasta que se haya realizado la liquidación para conseguir satisfacer la totalidad de su crédito, pues puede resultarle perjudicial e incluso provocar resultados injustos. En realidad, cuando nuestro legislador redacta el art. 1373 CC está pensando en ofrecer un mecanismo de tutela al cónyuge no deudor que ve peligrar su patrimonio como consecuencia de una gestión deficiente por parte de su cónyuge y, por ello, decide permitirle solicitar la disolución de la comunidad de gananciales y así evitar que la parte de estos que le corresponde no se vea trabada. Sin embargo, esta facultad disolutoria¹⁵ ha pasado a convertirse en un instrumento que juega a favor del cónyuge deudor. De hecho, esta situación no ha pasado desapercibida para la doctrina que, dejando de lado la ley e intentando ofrecer una solución que pudiera satisfacer tanto a la parte ejecutante como al cónyuge no deudor, ha propuesto como método más rápido la afectación del cincuenta por ciento que tiene el deudor en cada activo de los bienes que configuran la comunidad de gananciales. De esta manera no es necesario disolver ni liquidar la comunidad de gananciales.

Huelga decir que tal planteamiento decae desde el principio partiendo de la base de que los cónyuges no ostentan una propiedad individual sobre bienes concretos hasta que el patrimonio no está liquidado. Sin embargo tampoco es justo que la parte ejecutante tenga que soportar la espera que implica la sustanciación de un proceso liquidatorio pues, al seguirse por los cauces previstos en el art. 806 y siguientes LEC (cuando este procedimiento tiene por objeto supuestos de crisis matrimonial donde no se identifica la presencia acreedores), se paraliza la traba hasta el fin de aquel, lo que puede hacer peligrar el cobro de su crédito.

1. La disolución de la comunidad de bienes gananciales

Nuestro Tribunal Supremo fue el primero que se hizo eco de la falta de regulación normativa en cuanto la división y liquidación de la comunidad de bienes gananciales en el ámbito procesal¹⁶. En un primer momento, sus pronunciamientos¹⁷

¹⁵ Véase, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “De las partes”, cit., p.p. 2563 y ss.

Según RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *Ejecución*, cit., p. 169, el precepto adolece de defectos importantes tales como la insuficiente protección del cónyuge no deudor (pues las dos opciones le perjudican porque o se disuelve la comunidad o se le embargan los bienes gananciales), la falta de protección a los acreedores que tienen créditos frente a la propia comunidad; además de que tampoco protege al propio deudor que está sometido a la decisión que tome su cónyuge.

¹⁶ La doctrina también se pronuncia al respecto, en concreto, MEDRANO SÁNCHEZ, J.I.: “Embargo”, cit., p. 20, afirma que el derecho consagrado en el art. 1373 CC implica “la necesidad de realizar una postulación al órgano jurisdiccional que está ordenando el apremio”.

Sobre este particular, véase también, VEGAS TORRES, J.: “Tribunales y sujetos del proceso de ejecución”, en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 61 y RAMS ALBESA, J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 388 y 389.

¹⁷ SSTs 29 octubre 1984 (RJ 1984, 5077), 2 julio 1990 (RJ 1990, 5765), 10 diciembre 1990 (RJ 1990, 9926), 17 julio 1997 (RJ 1997, 5513) y, particularmente, su sentencia 29 abril 1994 (RJ 1994, 2946) afirmaba que el derecho previsto en el art. 1373.1º CC determinaba el ejercicio de la disolución de la

confirmaban que la disolución de la comunidad de gananciales se producía “*ope legis*”. Sin embargo, en su sentencia núm. 1260/1998 (12 enero 1999)¹⁸, resolvió que el procedimiento que debía seguirse era un incidente en el proceso de ejecución. En concreto, la previsión contenida en el art. 949.2 LEC 1881, no obstante, este no resultaba procedente porque permitía promover la disolución con tres días de antelación a la subasta y esto era contrario a la buena fe.

Actualmente, el procedimiento debe seguirse a la luz de lo expuesto en el art. 541.3 LEC que dice expresamente que el tribunal “resolverá lo procedente sobre división del patrimonio”¹⁹. Afirmación que implica que es el órgano jurisdiccional quien decide si acuerda o no la disolución²⁰.

La duda que se plantea aquí es saber si el juez tiene la facultad de poder denegar la disolución o, si por el contrario, a lo que se refiere el precepto cuando dice que resolverá lo procedente “y, en su caso, acordará que se lleve a cabo” es en relación al procedimiento que debe seguirse para la liquidación y no a la posibilidad de poder denegar la disolución. A este respecto, ACHON BRUÑEN²¹ opina que la norma general es que se acuerde la disolución por el órgano jurisdiccional que deberá acceder a la solicitud salvo – y esta sería la excepción – en los casos en que el acreedor hubiera probado el carácter ganancial del débito o que la disolución no hubiera sido solicitada por el cónyuge no deudor. En mi opinión, debería permitirse al juez denegar la disolución en ciertos absurdos casos, por ejemplo, si se demuestra

comunidad de gananciales sin que fuera necesaria petición alguna al juez ejecutor, reconociéndolo como un efecto producido *ope legis*.

¹⁸ STS (Sala de lo Civil) núm. 1260/1998, 12 enero 1999 (RJ 1999, 35).

¹⁹ Cuando el cónyuge no deudor que pide la disolución de la comunidad de gananciales es el del supuesto del art. 541.2 LEC, este mismo precepto se remite in fine a lo dispuesto en el apartado siguiente, esto es, al art. 541.3 LEC.

²⁰ SERRANO GARCÍA, J. A.: *Las deudas de los cónyuges: Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 588, lleva a cabo un interesante análisis del antiguo art. 46 de la Compilación aragonesa en relación con el art. 1373 CC que le sirve para poner en tela de juicio el automatismo de este último porque lo entiende como que la manifestación del cónyuge del deudor que exige la disolución es vinculante y estima que el juez debe denegar la solicitud de disolución de la comunidad siempre que no haya peligro de lesión de los intereses de los acreedores comunes o del cónyuge no deudor, esto es, solo cuando la conducta del deudor entrañe fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad (art. 1393.2º CC). Por ejemplo, cuando la cuantía de la deuda sea insignificante en relación con el caudal común o cuando el acreedor ejecutante sea precisamente el cónyuge no deudor. Este autor arguye que para que el órgano jurisdiccional pueda combatir el posible abuso del cónyuge no deudor tiene que poder rechazar su petición. De esta manera, estaría justificada la disolución si se prevé que en el futuro será difícil respetar el valor correspondiente al cónyuge no deudor por la previsible falta de ingresos comunes y por las escasas expectativas del deudor de recibir nuevos bienes privativos.

En el caso del legislador aragonés, MEDRANO SÁNCHEZ, J.I.: “Embargo”, cit., pp. 40 y 41, advierte que este ofrece al cónyuge del ejecutado otra vía: solicitar la liquidación con el único fin de constatar el valor de los bienes que han de quedar a salvo sin necesidad de disolver la comunidad de gananciales, es decir, solicitar la liquidación provisional sin disolución (art. 225 Código del Derecho Foral de Aragón).

²¹ ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, núm. 687, p. 174.

que la solicitud atiende a fines defraudatorios. El problema entonces estará en determinar qué tipo de situaciones permitirían hacerlo y si estas deberían estar tasadas legalmente configurando un sistema de *numerus clausus* del mismo modo en que la ley sí recoge expresamente los casos en que puede solicitarse la disolución (arts. 1392 y ss CC).

2. La liquidación de la comunidad de bienes gananciales

Al acordar la disolución de la comunidad de bienes gananciales, la división del patrimonio se llevará a cabo, dice el art. 541.3 LEC, “con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”. Y en esta ley, el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial está previsto en los arts. 806 y ss LEC (Libro IV, Título II, Capítulo II).

Así pues, este procedimiento deberá sustanciarse en pieza separada y conocerá del asunto el juez o tribunal en el que se esté tramitando la ejecución con el fin de no perjudicar su eficaz desarrollo – siendo de aplicación la competencia funcional, ex. art. 807 LEC– puesto que la ejecución se mantiene en suspenso respecto a los bienes gananciales hasta que sea practicada la liquidación (ex. art. 541.3 *in fine* LEC); aunque podría continuar respecto a los bienes privativos del cónyuge deudor, en caso de haberlos, si se tratase de deudas propias. Una opción distinta dejaría al ejecutante en peor posición y justo para garantizar su protección la ley recoge la posibilidad de poder acordar medidas de garantía sobre los embargos trabados (art. 565 LEC).

Sin embargo, a pesar de que lo habitual sea que el cónyuge del ejecutado sea solicite la liquidación de la comunidad de bienes gananciales (pues es él mismo quien solicitó anteriormente su disolución), podría no hacerlo. ¿Qué ocurre en este caso? ¿Cuál es el cauce procesal que se ha de seguir cuando habiendo sido acordada la disolución de la comunidad de gananciales no se ha practicado su liquidación porque ninguno de los cónyuges la ha solicitado?²²

Nuestro legislador no lo ha previsto y esta ausencia de previsión puede provocar conductas dolosas por parte de los cónyuges en tanto en cuanto la suspensión de la traba de los bienes gananciales podría prolongarse excesivamente en el tiempo corriendo el riesgo de que los bienes se deterioren, desaparezcan.... Pues estos solo pueden trabarse una vez haya sido liquidada la comunidad de gananciales dado que

²² MEDRANO SÁNCHEZ, J.I.: “Embargo”, cit., p. 45, alude a las resoluciones de la DGRN (Propiedad) 9 octubre 1998 (RJ 1998, 7221) y 10 octubre 1998 (RJ 1998, 7223) en relación con el problema que gira en torno al embargo de bienes gananciales cuando la comunidad se ha disuelto pero no ha sido liquidada, donde se establecen tres opciones: a) es necesario demandar a ambos cónyuges si se pretende el embargo de bienes concretos de la sociedad de gananciales, b) es posible demandar solo al cónyuge deudor en el embargo que le corresponde sobre la cuota global que corresponde a un cónyuge sobre el acervo común y c) rechaza la traba – por indeterminada – del embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien consorcial.

no se permite ejecutar una cuota que no esté liquidada²³. El ejecutante se encuentra entonces en una posición de desventaja que no tendría el deber jurídico de soportar; ya que si los bienes no están determinados y adjudicados al cónyuge ejecutado no pueden ser subastados, con lo que no puede proseguir la ejecución frente a estos, lo que conduciría a no ver satisfecha su deuda hasta tiempo después.

Por todo ello, cabría preguntarse acerca de la posibilidad de que la liquidación de la comunidad de bienes gananciales pudiera ser solicitada por otros sujetos²⁴. La mayor parte de la doctrina parece decantarse por una respuesta afirmativa²⁵, si bien, existen argumentos dispares en cuanto a qué sujetos puede llevar a cabo tal actuación. A este respecto, RAGEL SÁNCHEZ²⁶ opina que sea el acreedor quien solicite la liquidación por subrogación arguyendo que tal derecho no es inherente a la persona – al deudor – porque la comunidad indivisa posterior a la disolución de la comunidad de gananciales carece de los datos personales de esta porque “se patrimonializa, de ahí que sea posible que un comunero enajene la cuota que en ella le corresponde, evento que no puede darse mientras esté vigente el régimen de gananciales”²⁷. También podríamos considerar la posibilidad de que la liquidación se practique de oficio por el juez. Sin embargo, el art. 810.1 LEC solo reconoce tal posibilidad a los cónyuges.

²³ La doctrina administrativa – RDGRN (Propiedad) 30 junio 2003 (RJ 2003, 6081) – reconoce que no es procedente mandar anotar el embargo de la mitad indivisa ganancial. Y RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *Ejecución*, cit., p. 220, precisa que si la ejecución continúa “sobre la cuota del deudor, que se refiere al conjunto de bienes – es decir, a su totalidad – tendrá graves problemas a la hora de adjudicársela en subasta, pues es una cuota pendiente de liquidación y que puede materializarse en bienes concretos o devenir inexistente si, una vez liquidada la comunidad, no quedara remanente a partir” y es absurdo seguir un procedimiento si al final la cuota adjudicada no tiene ningún valor.

²⁴ A este respecto, AVEDILLO ROS, M.A.: “Desarrollo de la liquidación de la sociedad de gananciales”, en *Práctica de Tribunales*, núm.74, Sección Estudios, 2010, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 8788/2010), p. 10 de 14, concreta que como el procedimiento exige la presencia de dos partes, si falleciera uno de los esposos o incluso los dos, la liquidación se tendrá que llevar a cabo con la intervención de los herederos, extendiéndose a los mismos la legitimación referida.

²⁵ Entre los que destaca, MEDRANO SÁNCHEZ, J.I.: “Embargo”, cit., p.42.

²⁶ RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución*, cit., p. 220.

²⁷ RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución*, cit., p. 218, asemeja en estos casos la naturaleza de la comunidad de gananciales con la hereditaria al ser una comunidad indivisa pero en la que cada cónyuge tiene una cuota independiente, homogénea y alienable sobre el conjunto pero no sobre cada bien singular; y afirma que un cónyuge podrá enajenar la cuota que le pertenece sobre el conjunto de bienes comunes pero no respecto a la mitad de un bien concreto.

En el derecho francés el párrafo final del art. 815-17 Code civil (versión consolidada 3 enero 2018) : «Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coïndivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis», ofrece a los acreedores personales de un partícipe la facultad de provocar la partición de la comunidad en nombre de su deudor o intervenir en la partición provocada por él. En relación con el art. 1873-15 Code civil, el art. 815-17 es aplicable a los acreedores de los indivisos, así como a los acreedores personales de los cotitulares «Toutefois, ces derniers ne peuvent provoquer le partage que dans les cas où leur débiteur pourrait lui-même le provoquer. Dans les autres cas, ils peuvent poursuivre la saisie et la vente de la quote-part de leur débiteur dans l'indivision en suivant les formes prévues par le code de procédure civile. Les dispositions de l'article 1873-12 sont alors applicables».

En mi opinión, teniendo en cuenta que para liquidar la comunidad de bienes gananciales es preciso que, con carácter previo, uno de los cónyuges solicite la disolución de la propia comunidad y que sea esta aceptada por el órgano jurisdiccional, no encuentro inconveniente en que sea la parte ejecutante quien solicite la liquidación de la comunidad de gananciales siempre y cuando acredite una pasividad manifiesta por parte de los cónyuges o una actuación contraria a la buena fe. Para ello sería suficiente con fijar un plazo – a contar desde la notificación a los cónyuges del acuerdo de la disolución de la comunidad de gananciales por parte del juez – cuyo vencimiento daría lugar a que el ejecutante pudiera solicitar la liquidación propiamente dicha. El problema de esta hipótesis es que practicar de oficio o a instancias de la parte ejecutante una liquidación no pedida por ninguno de los cónyuges, puede resultar complicado y tedioso pues, no sería de extrañar, que la colaboración de estos últimos fuera escasa, insuficiente o nula. En cuyo caso, y pese a la posibilidad de imponer multas coercitivas (ex. art. 591.2 LEC en relación con el art. 589.3 LEC), este medio de persuasión, en ocasiones, no consigue el resultado perseguido.

El argumento que defiende la doctrina mayoritaria²⁸ tiene que ver con la necesidad de que el órgano jurisdiccional conceda un plazo a los cónyuges para que, después de ser oídos, o bien soliciten la formación de inventario o bien presenten la liquidación practicada extrajudicialmente (ya que la liquidación vía judicial opera en defecto de conseguirla amistosamente). La solución que se ofrece es que “de lege ferenda” tal propuesta se recoja expresamente en el mismo art. 541.4 LEC. Si el cónyuge no deudor no llevara a cabo la actividad requerida en el plazo concedido por el órgano jurisdiccional, entenderemos que renuncia a la defensa de sus derechos y que consiente²⁹ el embargo de los bienes gananciales³⁰.

A mi juicio, el precepto, además de establecer que el órgano jurisdiccional otorgará a los cónyuges un plazo para que soliciten la formación de inventario o presenten la liquidación extrajudicial ya practicada, debería recoger también los días exactos de plazo que deben darse. De lo contrario, cada órgano jurisdiccional tendría total discrecionalidad respecto a la fijación del plazo y ello podría ocasionar no solo inseguridad jurídica sino, lo que es peor, una consciente desigualdad de trato para las partes según el juzgado o tribunal ante el que su asunto se ventile.

²⁸ Entre los que destaca RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Ejecución*, cit., p. 220, BELLO JANEIRO, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 582 o RUEDA PÉREZ, M. A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: “Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1982, núm. 66, mes 1, p. 590.

²⁹ En este orden de cosas, si la comunidad de bienes gananciales en ese momento está disuelta pero no liquidada, ¿cabría interpretar que la disolución queda sin efecto y se ejecuta contra los bienes gananciales como comunidad? Porque, en relación con ello, RAGEL SÁNCHEZ (véase nota al pie 28) por ejemplo, opina que si está disuelta se asemeja a una comunidad hereditaria y si no, no.

³⁰ Secundo de este modo la propuesta de ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente *more uxorio* del ejecutado”, en *Diario La Ley*, 2006, núm. 6.573, p. 15, en relación con lo expuesto, entre otros, por BELLO JANEIRO.

Para llevar a cabo la fase de liquidación³¹ de la comunidad de bienes gananciales, han de seguirse los cauces previstos en el art. 806 y ss LEC para la liquidación del régimen económico matrimonial, tal y como se apuntó con anterioridad. La liquidación comenzará con la formación de un inventario – tal y como preceptúa en art. 1396 CC en relación con el art. 808 y ss LEC – para terminar con la liquidación y posterior adjudicación de los bienes (art. 810 LEC).

El análisis pormenorizado de esta figura excede el alcance del presente trabajo, si bien, considero de interés realizar un último apunte relacionado con las distintas actitudes que pueden tomar los cónyuges en el momento tanto de la formación de inventario como del acuerdo de liquidación. En ambos casos, el letrado de la administración de justicia señalará (dentro del plazo máximo de diez días) el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante el órgano jurisdiccional al objeto de proceder a la formación del inventario (art. 809.1 LEC) en primer lugar; y para alcanzar el acuerdo liquidatorio (art. 810.3 LEC) después. Si bien, llegados a este punto, también el camino puede bifurcarse habida cuenta que los cónyuges pueden estar de acuerdo o no. Me explico: puede suceder que los cónyuges hayan llegado a un acuerdo – bien dentro del proceso o bien hayan presentado una liquidación extrajudicial –; todo ello sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional controle su buena fe con la finalidad de evitar conductas dolosas, por ejemplo, que se adjudiquen los bienes inmuebles al cónyuge no deudor ejecutado y los muebles al cónyuge ejecutado³². De suceder así, la propuesta de inventario (art. 809.III “in fine” LEC) y el acuerdo de liquidación (art. 810.4 LEC) se consignarán en un acta dándose por concluido el acto. En el primer caso, el tribunal resolverá – en el mismo día o en el siguiente – lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes (art. 809.IV LEV) dando paso a la liquidación. En el segundo, se llevará a efecto la entrega de los bienes según lo previsto en el art. 788.I y II LEC.

Si, por el contrario, los cónyuges no se han puesto de acuerdo sobre la formación del inventario suscitándose la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el letrado de la administración de justicia, además de hacerlo constar en el acta, citará a los a los interesados a una vista, siguiendo el cauce del juicio verbal (art. 809.2 LEC). Si la disputa se produce en el momento de acordar la liquidación de su régimen económico-matrimonial, se practicará judicialmente (tal y como sucedería si fuera el ejecutante quien solicitara por subrogación la liquidación de la comunidad de gananciales). En cuyo caso, será nombrado mediante diligencia un contador y, en su caso, peritos para la práctica de las operaciones divisorias (art. 810.5 LEC en relación con el art. 784 LEC); y seguiremos la tramitación prevista en los arts. 785 y ss LEC.

En último lugar, todavía existiría una tercera opción, que además resuelve la propia ley: cuando el día señalado para comparecer a los efectos de llevar a cabo la

³¹ Un análisis en profundidad sobre el proceso de liquidación en sus diversas vertientes excede el alcance del presente trabajo, para un estudio integral véase AVEDILLO ROS, M. A.: “Desarrollo”, cit.

³² ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Los problemas”, cit., p. 178.

formación de inventario (art. 809.1.III LEC) o el acuerdo de liquidación (art. 810.4 LEC) ante el órgano jurisdiccional, alguno de los cónyuges no lo hiciera ni justificare su ausencia; en ese caso, se le tendrá por conforme con la propuesta de que efectúe el cónyuge que sí ha comparecido.

IV. EMBARGO PREVENTIVO Y DISOLUCIÓN DE BIENES GANANCIALES

Para terminar, analizaremos el supuesto en el que la disolución de la comunidad de gananciales se pretende invocar con motivo de un embargo preventivo de bienes gananciales. “De lege lata” no encontramos precepto alguno que lo regule, por lo que podríamos interpretar, que si la voluntad de nuestro legislador fuera no permitirlo, lo hubiera indicado expresamente.

Partiendo de la base de que el embargo que origina tal petición es preventivo, debe actuarse con cautela, habida cuenta que su efectividad va a depender de la eventual sentencia condenatoria. Lo que nos lleva a concluir que esta solicitud de disolución de la comunidad de gananciales no sea, al menos en este momento procesal³³, oportuna. ¿Qué nos conduce a dar una respuesta negativa? La respuesta es sencilla, porque podría darse el caso – en contra de todo pronóstico – de que el embargo se alzara, encontrándonos en una situación no querida y habiendo pasado por un trámite innecesario. Porque, si el embargo se alza, el cónyuge no deudor ha provocado un cambio en su régimen económico matrimonial innecesario (pues tras acordar la disolución de la comunidad de gananciales se aplicará el régimen de separación de bienes) que le obliga (si es que desea continuar con el régimen económico de gananciales que tenía) a solicitar en documento público y sujeto a un breve plazo de tres meses, el comienzo de una nueva comunidad de gananciales (art. 1374 CC); cuando dicha actividad podría haberse evitado si no hubiera instado al órgano jurisdiccional a que acordara la disolución de la comunidad de bienes gananciales cuando el embargo era preventivo.

Así las cosas, se presenta todavía otro inconveniente si los cónyuges desean volver a su régimen económico de bienes gananciales tras haber tenido lugar la disolución, este tiene que ver con el cómputo de plazo de tres meses antes referido que se le concede al cónyuge no deudor para reparar la situación. La cuestión que se plantea es si dicho plazo debe comenzar a contar desde la fecha en que fue acordada la disolución de la comunidad de bienes gananciales – que es lo que se interpreta a la

³³ En este sentido, MEDRANO SÁNCHEZ, M. J.: “Embargo”, cit., p. 31, concluye que “la falta de correspondencia temporal-procesal entre la justicia cautelar y la definitiva podría generar resoluciones sobre la privatividad de la deuda precipitadas” y señala que si sería pertinente el incidente “con ocasión de la ejecución provisional, verdadera ejecución sin más especialidades que estar sometida a condición (la de la confirmación de la sentencia) y en la que pueden versar definitivamente perdidos los derechos del no deudor”. Si bien, este último inciso no reviste, a mi modo de ver, tal solidez en tanto en cuanto pese a ser una ejecución real, si la sentencia fuera recurrida por el condenado y este fuere absuelto, el problema seguiría estando. Por lo que, será necesario “de lege ferenda” regular de forma expresa el cauce exacto al que debe someterse el cónyuge no deudor en estos supuestos.

vista del precitado artículo – o desde la liquidación de esta – que podría ser lo más coherente–.

La doctrina se encuentra dividida y se presentan tanto defensores como detractores de ambas posturas³⁴. En mi opinión, iría en contra del principio de economía procesal y dilataría el proceso de forma innecesaria tener esperar a que la liquidación tuviera lugar (con el esfuerzo y trabajo que supone la formación de inventario, la intervención de peritos, etc.). No obstante, tomar como referencia la fecha del acuerdo de la disolución tampoco resulta muy adecuado. Porque puede que, en ese momento, todavía se mantenga el embargo preventivo y pueda llegar a materializarse. Por ello, conviene indagar sobre si este plazo en realidad tiene eficacia jurídica o si se trata simplemente de delimitar la duración de una facultad unilateral y extraordinaria del cónyuge no deudor para volver al estado anterior y restablecer la comunidad de gananciales en un plazo de tiempo que en la práctica nada o casi nada haya podido afectar en el ámbito privado y común de ambos cónyuges.

Para negar la eficacia jurídica basta con comprobar que si ambos cónyuges quieren, aunque venza el plazo de tres meses, pueden iniciar de nuevo un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes gananciales (ex. art. 1325 y ss CC). Por lo que, en conclusión, a mi juicio, optar por la fecha en que se acordó la disolución de la comunidad de gananciales sería más conveniente dado que en el supuesto en que el plazo de tres meses venza, siempre podrá restablecerse por acuerdo de ambos cónyuges. Por último, hay quien defiende³⁵ que, cuando el órgano jurisdiccional autorice el embargo preventivo, se le ofrezca al cónyuge no deudor la posibilidad de realizar ante aquel las manifestaciones que crea oportunas para que, si finalmente tuviera lugar el embargo, se tengan ya por efectuadas. Ahora bien, sin que estas tengan trascendencia práctica más allá que dejar constancia por escrito de las intenciones del cónyuge no deudor si llegara a producirse finalmente el embargo.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005.

³⁴ Defensores de que el plazo debe partir de la disolución de la comunidad de bienes gananciales encontramos a RUEDA PÉREZ, M.A. y RUEDA PÉREZ, J.M, “Notas sobre”, cit., p. 591, quienes se plantean también qué régimen debería aplicarse en el tiempo que media entre el antiguo régimen (ya disuelto) y el nuevo (mientras el cónyuge del ejecutado decide). A cuya solución llegan señalando que debe ser el de separación subsidiaria porque lo contrario – retrotraer los efectos del nuevo régimen de gananciales hasta la finalización del anterior – atentaría contra la seguridad del tráfico.

En sentido contrario, RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Ejecución*, cit., p. 236; TORRALBA SORIANO, V: *De la sociedad de gananciales. Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1758; y RAMS ALBESA, J.: *Elementos*, cit., p. 207, opinan que el plazo debe contar desde la fecha en que finalizó la liquidación, comenzando la nueva sociedad a partir de cero.

³⁵ ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Los problemas”, cit., p. 179.

ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente *more uxorio* del ejecutado”, en *Diario La Ley*, núm. 6.573, 2006.

AVEDILLO ROS, M.A.: “Desarrollo de la liquidación de la sociedad de gananciales”, en *Práctica de Tribunales*, núm.74, Sección Estudios, 2010, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 8788/2010).

BELLO JANEIRO, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La división de bienes: requisitos jurisprudenciales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 1, 2014.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “De las partes de la ejecución. Artículo 541”, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III (Dir.: LORCA NAVARRETE), Lex Nova, Valladolid, 2000.

LAFUENTE TORRALBA, A.J.: “Problemas de legitimación activa y pasiva en comunidades de bienes y sociedades civiles”, en *Comunidad de bienes y sociedad civil* (Dir.: PARRA LUCÁN, M.A.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2016.

MARÍN VELARDE, A.: “La plasmación procesal de la regulación del Código Civil sobre la ejecución de los bienes gananciales”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, núm. 7, 2011

MARTÍN BRICEÑO, M.R.: “La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge”, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 8, 2015.

MEDRANO SÁNCHEZ, J. I.: “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón”, en *Actas de los decimoterceros encuentros de derecho aragonés*, Cometa, Zaragoza, 2003.

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, 2ª Ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987.

RAMS ALBESA, J. Y LACRUZ BERDEJO J.L.: *Elementos de derecho civil: Familia IV*, 4ª Ed., Dykinson, Madrid, 2010.

RAMS ALBESA, J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

RUBIO TORRANO, E.: “Sobre el art. 1373 CC”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, vol. III, 1998. RUEDA PÉREZ, M.A. y RUEDA PÉREZ, J. M.: “Notas sobre la

nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, núm. 66, 1982.

SABATER MARTÍN, A.: “De las partes de la ejecución. Artículo 541”, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, (Coord.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A; RIFÁ SOLER, J. M.^a y VALLS GOMBAU, J.F.), Iurgium, Barcelona, 2000.

SENÉS MOTILLA, C.: *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Madrid, 2000.

SERRANO GARCÍA, J. A.: *Las deudas de los cónyuges: Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, Bosch, Barcelona, 1992.

TORRALBA SORIANO, V.: *De la sociedad de gananciales. Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

VEGAS TORRES, J.: “Tribunales y sujetos del proceso de ejecución”, en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.



LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR “CONVIVENCIA MARITAL”: SIGNIFICADO Y FINALIDAD

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Becario del Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia
gonmuro@alumni.uv.es

RESUMEN: La presente comunicación analiza el aspecto extintivo de la pensión compensatoria, concretamente su extinción por “vivir maritalmente con otra persona”. De esta forma, pone de relieve las distintas interpretaciones a las que ha dado lugar la expresión y, finalmente, cuál ha sido la postura del Tribunal Supremo. Asimismo, plantea si su supuesto fundamento resulta coherente con la solución escogida por el Supremo. No obstante, ese razonamiento nos puede llevar al cuestionamiento mismo de la finalidad de la pensión compensatoria en la sociedad actual.

PALABRAS CLAVE: ruptura matrimonial, divorcio, desequilibrio económico, pensión compensatoria, enriquecimiento injusto, convivencia marital, extinción.

ABSTRACT: *This paper analyses the compensatory allowance, specifically the extinction because of “cohabitante with another person”. Thereby, it sets out the different interpretations and, finally, the choice of The Supreme Court. Furthermore, it explains if its function is coherent with the actual interpretation. However, that reasoning may call into question the existence of the compensatory allowance in our actual society.*

KEY WORDS: *marriage breakdown, divorce, economic imbalance, compensatory allowance, unfair enrichment, extinction,*

FECHA DE ENTREGA: 11/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ASPECTO EXTINTIVO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.- 1. La pensión compensatoria y el desequilibrio económico.- 2. La extinción de la pensión compensatoria.- 3. Breve referencia a la extinción de la pensión compensatoria en el Derecho Comparado.- III. ¿QUÉ SIGNIFICA “CONVIVENCIA MARITAL”?.- 1. Ideas generales.- 2. La postura del Tribunal Supremo.- IV. FUNDAMENTOS, INCOHERENCIAS Y PROPUESTAS.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia de las crisis matrimoniales en el ámbito del Derecho Privado y, más si cabe, en la sociedad actual es incontestable. Solo hace falta mirar los datos, según fuentes del Poder Judicial¹, en el año 2016 (último año con estadísticas registradas) se produjeron 101.294 disoluciones matrimoniales, de las cuales 96.824 fueron divorcios. Lo que arroja una media de 2,18 divorcios por cada 1000 habitantes.

Pues bien, en la presente comunicación voy a analizar un elemento verdaderamente complejo e importante dentro de las rupturas conyugales, a saber, la pensión compensatoria. Concretamente, la extinción de la misma por “convivencia marital” del acreedor con un tercero. Así, voy a poner de relieve cuál es la postura que mantiene el Tribunal Supremo respecto dicha expresión y, al menos, intentar despejar algunos interrogantes sobre la cuestión: ¿Cuál es su fundamento?, ¿Es coherente la interpretación que se hace de la misma con su finalidad?, ¿Cuál es su naturaleza?, ¿Entonces, son compatibles sus características con el presente inmediato y próximo, o el precepto se ha visto superado la realidad social?

II. EL ASPECTO EXTINTIVO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. La pensión compensatoria y el desequilibrio económico

La pensión compensatoria se regula en el art. 97 del Código Civil (en adelante CC) con el siguiente tenor: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.” A continuación, enumera las circunstancias que ha de seguir el juez, en defecto de pacto, para determinar la existencia de desequilibrio, así como

¹ Fuente: Estadística Judicial: <http://www.poderjudicial.es>

delimitar su importe y extensión (si seguimos la tesis “subjetiva”²). Si bien, no se trata de una lista cerrada³. Dicho esto, a primera vista se puede concluir que es “conditio sine qua non” la existencia de desequilibrio al momento de la ruptura matrimonial (no nulidad) para que pueda haber derecho a una pensión compensatoria, no siendo posible reclamar la pensión compensatoria cuando el desequilibrio no trae causa de ese momento.

Aunque no sea objeto del presente estudio, explicaré brevemente a que se refiere el CC cuando habla de “desequilibrio”. Como desde hace tiempo ha manifestado la doctrina científica y la jurisprudencia, la pensión compensatoria “no es un derecho adquirido”⁴, ni mucho menos “un mecanismo reequilibrador de patrimonios”⁵, sino un instrumento que tiene como objeto “colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en un situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”⁶. Por tanto, “a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo”⁷. No obstante, la naturaleza de la pensión compensatoria no es puramente indemnizatoria⁸, sino que podría hablarse de “sui generis” por sus propias características⁹, ya que tiene matices asistenciales y prescinde de la idea de culpa. Al final, lo que pretende es compensar determinados desequilibrios que se hayan producido durante el matrimonio, principalmente, por una mayor dedicación a la familia o a las actividades del otro cónyuge. Por todo ello, es importante distinguir la mera diferencia patrimonial entre ambos cónyuges por sus respectivas trayectorias personales, del verdadero desequilibrio económico que se produzca en el momento de la ruptura matrimonial y que deba su origen a la pérdida de oportunidades a causa de las distintas circunstancias que se toman en consideración para su establecimiento (las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada o futura a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, etc.).

En este sentido, cabe destacar la STS 23 enero 2012¹⁰, la cual consideró que no procedía la pensión que reclamaba la mujer (de profesión enfermera) al marido (de

² La tesis “subjetiva” es la imperante en la doctrina y jurisprudencia, tal como demuestra GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del perceptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 51 y 52, y DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1020 y 1021.

³ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1021.

⁴ SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 213.

⁵ STS 17 julio 2009 (LA LEY 125216, 2009).

⁶ STS 23 enero 2012 (LA LEY 2373, 2012).

⁷ SSTS 19 febrero (LA LEY 14532, 2014) y 20 febrero 2014 (LA LEY 21265, 2014).

⁸ STS 10 marzo 2009 (LA LEY 8747, 2009).

⁹ Tal como afirma, PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 8010, 2013, p. 4.

¹⁰ STS 23 enero 2012 (Tol 240743).

profesión cirujano), dado que no existe desequilibrio cuando la desigualdad económica provenga únicamente de “la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja”. El hecho de que la mujer cogiese un período de excedencia voluntaria para el cuidado de la familia, no tiene que ver “con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su ex marido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)”. Sin embargo, como apunta PARDILLO HERNÁNDEZ¹¹, “la simple independencia económica de los esposos no implica, por sí misma, la eliminación del derecho de uno de ellos a percibir una pensión”, ya que según la jurisprudencia que cita a continuación, cabe la pensión “cuando los ingresos de uno y otro son absolutamente dispares”¹². De todas formas, desde mi punto de vista esa última matización no casaría muy bien con toda la explicación que he hecho, habida cuenta que debiera ser indiferente el patrimonio de los cónyuges y sus ingresos salariales, cuando ambos cónyuges son económicamente independientes y no hay que equilibrar ninguna pérdida¹³. Otra cosa, sería que los dos esposos fuesen económicamente independientes, pero que uno de ellos se hubiese dedicado en parte al cuidado de los hijos y del hogar (y a causa de ello hubiese perdido oportunidades laborales y económicas) y, el otro se hubiese dedicado en exclusiva a su desarrollo profesional.

2. La extinción de la pensión compensatoria

De la misma forma que la pensión compensatoria puede concederse, también puede extinguirse por una serie de causas, dado que no se trata *per se* de un derecho de carácter vitalicio (aunque en ocasiones se concede de manera indefinida y, en consecuencia, adquiere tendencialmente tal carácter si no desaparece el desequilibrio¹⁴). Dichas causas se encuentran recogidas en el art. 101 CC y son las siguientes: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con

¹¹ PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión”, cit., p. 2.

¹² STS 22 junio 2011 (LA LEY 159722, 2011).

¹³ Es decir, considero que no tendría mucho sentido dentro de la finalidad semi-compensatoria que hemos descrito, el hecho de que se condenara a pagar una pensión a, por ejemplo, un multimillonario a favor de su ex esposa, pongamos por caso, abogada con considerables ganancias salariales, simplemente por la elevada disparidad de ingresos.

¹⁴ MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: “Pensión compensatoria: vitalicia y temporal aplicación del principio “pacta sunt servanda”, cuando la pensión compensatoria se establezca con otros fines que no sean los establecidos en el art. 97 CC”, *Práctica de Tribunales*, núm. 124, Wolters Kluwer, Enero-Febrero 2017, pp. 2-5, apunta que a diferencia de lo que defendía la doctrina hace años se considera que la pensión compensatoria no tiene porque ser vitalicia y esta puede ser temporal, máxime cuando se postula que su función debe ser superar un desequilibrio coyuntural. Del mismo modo, manifiesta que el art. 97 es una norma de derecho dispositivo y los cónyuges pueden llegar a los pactos que consideren convenientes (art. 1255 CC), excluyendo si, así lo quieren, las causas de extinción del art. 101 CC. Lo que, convertiría a la pensión compensatoria en una renta vitalicia del art. 99 CC, cuya causa ya no sería meramente superar el desequilibrio económico.

otra persona”. Y el segundo inciso dice: “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”. En el presente trabajo desarrollaré la causa que se refiere a “vivir maritalmente con otra persona”.

En primer lugar, destacaré que el precepto tiene carácter dispositivo pudiendo las partes dentro de su libertad contractual extinguir alguna de las causas previstas, incluso añadir alguna¹⁵. Además, es destacable que se trata de una lista abierta¹⁶, no limitando su extinción únicamente a dichas causas, prueba de ello es que también sería una causa de extinción la llegada del término establecido en la sentencia, en el caso de que hablásemos de una pensión de carácter temporal. Por otro lado, la modificación de las circunstancias económicas y personales a las que hace referencia el artículo 100 CC, igualmente pueden convertirse en motivo de extinción de la pensión si son muy sustanciales¹⁷.

En segundo lugar, respecto a cada una de las previsiones, cuando el Código Civil se refiere al “cese de a causa que lo motivó”, en realidad está señalando que si las causas que recoge el art. 97 se han de tener en cuenta para su establecimiento, una vez desaparezcan el derecho a la pensión tendrá que extinguirse. Obviamente, no todas las circunstancias pueden seguir este razonamiento lógico, dado que la edad del acreedor nunca disminuirá, la dedicación pasada a la familia tampoco cambiará y, del igual forma, la duración del matrimonio. Por tanto, las vicisitudes que tendrán relevancia serán: el acceso a un nuevo empleo¹⁸, la desaparición de una enfermedad que se tuvo en consideración, el cambio en la fortuna de cada uno de ellos, etc. En este apartado también se incluirían aquellas modificaciones en las circunstancias personales y económicas de los cónyuges que sean de tal entidad que impliquen la supresión de la pensión compensatoria, ya que como apunta MONTERO AROCA¹⁹, entre el art. 100 CC y la causa primera del art. 101.1º CC, solo existe una diferencia de grado, no de calidad. Como he dicho, se pueden tener en consideración las alteraciones en los patrimonios de ambos cónyuges, por lo que una considerable disminución del patrimonio del deudor puede suponer la extinción de la pensión

¹⁵ Así lo afirma DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1062, e, igualmente, se pregunta si sería posible excluirlas todas, concluyendo que seguramente lo sea. Sin embargo, considero que se muestra más precisa MESA SÁNCHEZ antes, cuando señala que si se llevan a cabo tales pactos ya no estaríamos ante una pensión compensatoria sino ante un renta vitalicia.

¹⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1062

¹⁷ Es el caso de la STS 17 marzo 2014 (RAJ 2014, 1501) la cual considera que “la percepción de una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción”, REYES LÓPEZ, M.J.: “La reciente jurisprudencia del Tribunal supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, p. 482.

¹⁸ Se podría decir que es la causa más común de extinción.

¹⁹ MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., CALDERÓN CUADRADO, R., Y FLORS MATÍES, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 2450.

(véase un despido). La segunda causa de extinción, “el nuevo matrimonio del acreedor” no plantea mucho misterio, de hecho, es automática y se podría defender el efecto retroactivo de la cantidades cobradas constante ya el nuevo matrimonio²⁰. Por último, “la convivencia marital del acreedor con otra persona” es el objeto de la presente comunicación y profundizaremos en ella en las siguientes páginas.

En definitiva, salvo que las partes hayan mediante pacto alterado el régimen legal, la extinción compensatoria se basa en un elemento común, a saber, la superación del desequilibrio²¹, ya sea porque haya desaparecido la causa que motivó su establecimiento, haya cambiado sustancialmente la situación económica del acreedor de forma sobrevenida, se haya superado el tiempo que prudencialmente fijó la sentencia mediante el llamado “juicio prospectivo”²² o el acreedor haya iniciado una relación matrimonial, o “convivencia marital”. Siendo estas dos últimas previsiones: “el nuevo matrimonio del acreedor” y “convivencia marital del acreedor con otra persona”, las más controvertidas desde mi punto de vista, no ya porque sean complejas de delimitar (la “convivencia marital” es difícil de acotar), sino porque resultan poco coherentes con la *ratio* que, en principio, se le atribuye a la pensión compensatoria²³. Es decir, si aquello que nos debe guiar tanto en el establecimiento como en la supresión de la pensión compensatoria es el denominado “desequilibrio económico”, porqué iniciar una nueva relación con otra persona tras la ruptura matrimonial debe conllevar necesariamente, sin ninguna excepción, la pérdida de la misma. Dicho en otras palabras, es qué acaso lo que el legislador tenía en mente cuando redactó dicho artículo es que el acreedor de la pensión (en su gran mayoría mujeres)²⁴ ha encontrado otra persona que le mantenga. A mayor abundamiento, es qué una relación de pareja que reúna los requisitos de “convivencia marital” ha de tener necesariamente una dimensión económica. Va el nuevo cónyuge o conviviente a revertir el desequilibrio económico siempre, cuando a lo mejor es más pobre que el acreedor de la pensión. Más adelante, voy a analizar esta cuestión con mayor detenimiento para poner de relieve las inconsistencias que presenta este mecanismo en la sociedad actual.

²⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción*, Lex Nova, 2ªed, Valladolid, 2003, pp. 384 y 385.

²¹ PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 839, habla obtener una posición económica autónoma que responda a las capacidades propias del perceptor para generar recursos económicos.

²² Como explica BLANCO SARALEGUI, J.M.: “Pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, núm. 9049, 2017, p. 3.

²³ Algo que ha observado reputada doctrina científica como puede ser GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit.

²⁴ De los 95.501 divorcios que hubieron en España en 2016 entre personas de distinto sexo, solo en 733 se fijó pensión a favor del varón, frente a los 7.755 en los cuales se fijó a favor de la esposa. También llama la atención el reducido número de divorcios en los cuales se fijó pensión compensatoria solo 8.488 frente a los 95.501. Fuente: Estadística Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios/>

3. Breve referencia a la extinción de la pensión compensatoria en el Derecho Comparado

Antes de abordar qué debemos entender por “convivencia marital” y examinar lo que implica dentro del supuesto fundamento que tiene la pensión compensatoria. Considero conveniente hacer un breve repaso a la extinción de la pensión compensatoria en otros países de nuestro entorno jurídico. Eso sí, haciendo especial énfasis en la extinción por la convivencia con un tercero.

Para empezar, señalaría al igual que hace VELA SÁNCHEZ²⁵, que se pueden distinguir dos grandes grupos de países. Los que, como nosotros, equiparan el efecto extintivo tanto al matrimonio como a la convivencia marital, y los que solamente contemplan el nuevo matrimonio como causa de extinción con el riesgo que ello conlleva de fraude de ley.

Así, del primer grupo tendríamos, por ejemplo, a Francia que en su *Code* recoge: “Dejará de ser obligatoria de pleno derecho la pensión de alimentos si el cónyuge acreedor contrajera nuevas nupcias. Se pondrá fin a la misma si el acreedor viviese en concubinato notorio”(art. 283). También Alemania, cuando en el art. 1586 del BGB dice básicamente que el nuevo matrimonio del perceptor o el inicio de una vida conyugal con otra persona extinguirá la pensión.

Por el contrario, Italia y Suiza solo contemplan el nuevo matrimonio como motivo de extinción y no la “vida marital”. La Ley italiana de 1 de diciembre de 1970 sobre la regulación del divorcio²⁶, establece que: “La obligación del pago de la asignación cesa si el cónyuge, al cual se le debe pagar, contrae nuevas nupcias”. En la misma línea, el art. 130.2 del Código Civil Suizo regula que: “Salvo acuerdo en contrario, [la obligación de mantenimiento], se extingue igualmente por el nuevo matrimonio del acreedor”.

Más característicos son los casos de México y Portugal. Por lo que respecta a Portugal, el artículo 2019 de su Código Civil dispone que desaparece: “El derecho a ser alimentado por contraer nuevo matrimonio, o volverse indigno el beneficiario por su comportamiento moral²⁷”. Pero, el Código Civil mexicano en su art. 288 es mucho más peculiar, habida cuenta que diferencia el derecho a la pensión compensatoria en función de si su perceptor es un hombre o una mujer. Si hablamos de una mujer, le reconoce un derecho a alimentos, en caso de divorcio por mutuo acuerdo, por el mismo período de tiempo que duró el matrimonio, mientras no tenga ingresos suficientes y se abstenga de contraer nuevas nupcias o de vivir en concubinato. En cambio, si se trata de un hombre, le otorga el mismo

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de cólera”, *Diario La Ley*, núm. 7459, 2010, p. 9.

²⁶ “Legge 1 dicembre 1970, núm. 898- Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”.

²⁷ Aunque por su literalidad muchos lo encuadraríamos en el supuesto de indignidad para suceder, el Tribunal Supremo portugués ha reconducido dicha expresión a la convivencia análoga a la matrimonial (STS 22 octubre 1992).

derecho bajo las mismas condiciones, salvo que añade una más, la de estar imposibilitado para trabajar.

III. ¿QUÉ SIGNIFICA “CONVIVENCIA MARITAL”?

1. Ideas generales

Por fin llegamos al punto más importante de la presente comunicación. En el que vamos a discernir qué debemos entender por “convivencia marital”, a efectos de extinguir la pensión compensatoria.

Como digo es a “efectos de extinguir la pensión compensatoria”, dado que como voy a señalar, desde mi punto de vista, no podemos obviar a la hora de interpretar este concepto jurídico indeterminado el hecho de que se sitúa en el ámbito de la extinción de la pensión compensatoria. Es decir, su interpretación tendrá que ser acorde con la finalidad que, en principio, se postula sobre dicha pensión, la superación del desequilibrio.

Con carácter general, la doctrina defiende que esta previsión legislativa se justifica en la medida de evitar fraudes²⁸. Dicho de otro modo, si el matrimonio es causa de extinción de la pensión compensatoria, tan fácil sería para el acreedor de la pensión compensatoria no casarse para seguir cobrando la mentada pensión. Sin embargo, este argumento, desde mi humilde opinión, supone quedarse en la superficie de la cuestión, ya que la verdadera finalidad de este artículo debe ser poner fin a la pensión una vez se verifique la superación del desequilibrio que justifica su establecimiento.

Pues bien, sobre esta causa del art. 101 CC cabe hacer ciertas matizaciones. Por un lado, si la convivencia marital se ha iniciado antes de dictarse sentencia de divorcio, parece lógico que no se admita la procedencia de la pensión compensatoria en dicha sentencia. Por otro lado, también se ha planteado qué ocurre con las cantidades abonadas durante el período que duró la convivencia hasta la sentencia que declare extinguido el derecho²⁹. En este caso, a diferencia del supuesto del matrimonio se podría concluir que no procede el efecto retroactivo³⁰, habida cuenta que es harto difícil fijar con seguridad el inicio de la convivencia “*more uxorio*” y, al final, se trata de un asunto de justicia rogada abierto a la libre disposición de las partes. Además, diría que carece de sentido atribuir ese efecto a la extinción por convivencia análoga a la matrimonial, cuando resulta muy complejo³¹ delimitar con exactitud cuáles son

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1065.

²⁹ Este punto lo tratan, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit. p. 1067 y ROMERO COLOMA, A.M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75, Aranzadi, 2017, pp. 10 y 11.

³⁰ La STS 23 noviembre 2011 (Tol 2290854) concluyó en este sentido.

³¹ Por no decir imposible, como apunta GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 216.

las características que definen “lo matrimonial” y su aproximación resulta extremadamente casuística.

A mayor abundamiento, resulta indudable que dicha causa de extinción opera igual tanto si la relación es entre personas del mismo sexo o de distinto³². Como así lo ha manifestado BARCELÓ DOMÉNECH³³. Por consiguiente, el aspecto más controvertido sobre este tema es el probatorio. Así lo ha puesto de relieve numerosa jurisprudencia³⁴, porque al final por mucho que los académicos elucubremos sobre qué debemos entender por “convivencia marital”, sin pruebas de una relación que vaya más allá de la amistad o del mero noviazgo pasajero no se puede suprimir la pensión compensatoria. Esta es la razón por la que se suele recurrir a la prueba indiciaria en este ámbito³⁵, donde la obtención de las pruebas más sólidas supondría inmiscuirse en la intimidad de las personas. Por último, como indica DÍAZ MARTÍNEZ³⁶, no parece necesario que tratándose de parejas de hecho cumplan el requisito formal de inscripción, bastando solamente acreditar el “estatus paramatrimonial”, más aún cuando muchas veces tales registros no recogen el fin de la relación.

Centrándonos, otra vez, en el *quid* que nos ocupa en esta comunicación. Se pueden diferenciar dos grandes posturas sobre el significado de la expresión “convivencia marital”.

La primera sería considerar que solo aquella convivencia que, verdaderamente, evidencie un “proyecto compartido” o “proyecto de vida en común” sería merecedora del calificativo de matrimonial³⁷. Esta sería la interpretación más restrictiva y, también, la que, al menos, es más respetuosa con el desequilibrio económico, habida cuenta que una convivencia de este tipo podría hacernos pensar que la relación se asemeja más a una comunidad de bienes tácita donde cada uno de los miembros pone, por así decirlo, su granito de arena. Por este motivo, suele tener relevancia el hecho de que los convivientes tengan un domicilio común.

La otra postura sería pensar que, si tenemos presente la realidad que nos rodea hoy en día, cualquier relación que no sea esporádica, casual o únicamente física, tendría

³² Aunque no lo tenía tan claro la SAP Jaén, 15 noviembre 2002 (AC 2003, 32), nótese que es anterior a la Ley de 1 de julio de 2005, del matrimonio homosexual.

³³ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 63.

³⁴ Dichas sentencias coinciden en lo difícil que es obtener pruebas directas sobre unos hechos que normalmente se desarrollan en la intimidad, vid. SSAP León, 23 mayo 2013 (JUR 2013, 200201), Asturias 18 septiembre 2012 (JUR 2012, 369786), Valencia 9 marzo 2010 (JUR 2010, 196822).

³⁵ En ese sentido, se pronunció la SAP Sta. Cruz de Tenerife, 8 marzo 2010, cuando apuntó que “se deba considerar suficiente la prueba indiciaria”, porque “no se escapa a la lógica el interés que subyace” en ocultar este tipo de relaciones. También en similares términos, declaran SSAP Madrid 7 mayo 2012 (JUR 2012, 320822) y 1 septiembre 2011 (JUR 2011, 337546).

³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario”, cit., p. 1065.

³⁷ En esta línea, cabe destacar las SSAP Baleares, 27 marzo 2013 (JUR 2013, 164667), Valencia, 20 febrero 2013 (JUR 2013, 156143), Cádiz, 30 noviembre 2012 (JUR 2013, 67613) y Málaga, 9 febrero 2010 (JUR 2010, 246496), entre muchas otras.

la consideración de marital. Simplemente, por una sencilla razón, si como, entre otros autores, sostiene GUTIÉRREZ SANTIAGO³⁸ y, en cierta medida, el Tribunal Supremo³⁹, se ha vaciado de contenido al matrimonio, cómo podemos los mortales extraer aquellos elementos que definen “lo matrimonial”. Salvo la forma, ya no hay ningún elemento jurídico que caracterice al matrimonio civil, tanto la heterosexualidad como la indisolubilidad (los elementos que antaño más identificaban al matrimonio) han desaparecido, e incluso los deberes conyugales como es la fidelidad no son coercibles.

Así, descrito lo anterior, puede parecer complicado decantarnos por una postura u otra. No obstante, como ya he adelantado en algún momento, opino que el problema de fondo es otro, porque lo que nos debe guiar en materia de extinción de pensión compensatoria debe ser la razón por la que se concedió, a saber, el desequilibrio económico. No debemos detenernos en la estéril tarea de distinguir que estadio de relación sentimental hace desaparecer el desequilibrio económico.

A continuación, voy a exponer la opción que finalmente ha acogido el Alto Tribunal y los argumentos que esgrimió para ello.

2. La postura del Tribunal Supremo

El Supremo, en la conocida STS 9 de febrero de 2012, se ha decantado finalmente por una de las posturas. En dicha resolución, contradijo lo sentado por la sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar, en resumidas cuentas, que lo relevante son los caracteres de permanencia y estabilidad, en contraposición a relación esporádica u ocasional.

El supuesto de hecho del que parte el Supremo es el siguiente: D. Santos y D^a. Florinda se divorciaron por sentencia de 31 de enero de 2007. Posteriormente, las medidas fueron modificadas por auto de 9 de octubre de 2007, en el cual se estableció una pensión alimenticia de 2.500 € al mes por hija y, al mismo tiempo, una pensión compensatoria de 6.000 € mensuales para la esposa (el ex marido era Registrador de la propiedad).

Entonces, D. Santos tras conocer que su ex mujer mantenía una relación íntima con un tercero, interpuso una demanda de modificación de medidas por la que solicitaba la extinción de la pensión compensatoria y, subsidiariamente, que se declarase temporal.

³⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 27. Destaca también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1479 y 1482; el cual afirma con rotundidad que “el actual concepto de matrimonio es un pseudoconcepto porque está vacío de significado socialmente relevante”.

³⁹ STS 9 febrero 2012 (RJ 2012, 2040), en esta sentencia se decanta por la interpretación extensiva de vida marital.

Así, el Juzgado núm. 3 de Valladolid resolvió que, efectivamente, la relación que mantenía su ex mujer tenía los caracteres de marital, a saber, “permanencia, regularidad, y globalidad que permite equiparar la situación de hecho a la comunidad de vida propia de la institución matrimonial”. Una vez estimada la demandada, ambos apelaron la sentencia. Si bien, la Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 31 de mayo de 2010⁴⁰, por su Sección 1ª, estimó el recuso de Florinda y concluyó que no se había evidenciado la existencia de una convivencia matrimonial que se caracteriza por ser continuada y estable. En definitiva, afirma que debería haberse probado “la existencia de un modo de vida en común que evidencie o exteriorice un proyecto compartido”, cuando lo que se ha demostrado es simplemente una relación sentimental en diferentes vehículos y establecimientos hoteleros. Por tanto, “una relación de amistad íntima incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración no puede ser calificada de marital sino va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida”. De esta forma, considera la Audiencia que no se puede limitar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de forma excesiva, ni que podamos encuadrar dentro del concepto de vida marital este tipo de relaciones, ya que de lo contrario estaríamos obligando al acreedor de la pensión compensatoria a una vida de aislamiento y abstención sexual. Solo sería merecedora de la sanción del art. 101 CC aquella relación que fuera matrimonial o pudiera equiparse a ella en todos los sentidos.

Ante este resultado, D. Santos presentó recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, cabe destacar que el Ministerio Fiscal se opuso alegando que la interpretación que había realizado la Audiencia Provincial era correcta.

Finalmente, el Tribunal Supremo le dio la razón a D. Santos y declaró extinguida la pensión compensatoria. Para empezar, el Alto Tribunal pone de relieve la existencia de las dos corrientes doctrinales sobre qué debemos entender por “vida marital”. Como ya hemos señalado anteriormente, serían aquella que exige un “proyecto global de vida en común” o aquella que solo pretende un relación que evidencie una cierta convivencia estable. Asimismo, señala que dada la situación de la institución del matrimonio en la actualidad, definir “lo matrimonial” presenta “enormes dificultades”, dado que muchas de sus características han desaparecido, tales como la indisolubilidad.

Dicho esto, el Supremo considera que para alcanzar el significado de vida marital tenemos que servirnos de dos cánones interpretativos. El primero sería el de la finalidad de la norma y el segundo el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. Si seguimos el primero, concluye que la finalidad con la que esta norma fue creada era evitar que se ocultaran verdaderas relaciones matrimoniales en las que había ausencia de forma para impedir las consecuencias del art. 101 CC. Si seguimos el segundo canon, entiende que se puede observar desde dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva. Según, la subjetiva, “marital” sería aquella

⁴⁰ SAP Valladolid, 31 mayo 2010 (JUR 2010, 251110).

relación en la que “los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma”. Por otro lado, la objetiva se basaría en la existencia de convivencia estable, es decir, aquella relación donde los convivientes viven como cónyuges produciendo “una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones”. De este modo, ambos sistemas serían complementarios, pero, aún así, el Tribunal Supremo reconoce la dificultad que entraña aproximarse a la realidad que consideraríamos matrimonial. Porque “es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.”

De tal manera, expuesto lo anterior, el Supremo determina que una relación como la conocida en el supuesto de hecho, de un año y medio de duración, que fue reconocida por la propia Florinda es “marital”, por varios motivos: A) Existe una relación pública, conocida por amigos y familiares de un año y medio de duración. B) No se produjo convivencia continuada bajo el mismo techo, pero se produjeron continuas permanencias en sus respectivos domicilios, así como en el vehículo del D. Santos y en varios establecimientos hoteleros. C) Esta relación se caracterizó por la permanencia (año y medio de duración) y se produjo en su entorno la sensación de cierta estabilidad. Por consiguiente, a raíz de los hechos probados se debe interpretar esta relación como “marital” a los efectos del art. 101 CC. De hecho, sigue diciendo que la consecuente extinción de la pensión compensatoria no se debe entender como una sanción, ya que el ex cónyuge deudor de la pensión compensatoria ya no tiene ninguna “obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.”

En este sentido, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y repone en parte la sentencia de primera instancia, declarando extinguida la pensión compensatoria. Por todo ello, lo más destacable de esta sentencia es la novedosa interpretación que realiza el Supremo sobre dicha expresión. Se deja de lado el requisito de convivencia bajo un mismo techo o la indefectible existencia de un proyecto de vida en común, para poner más el acento en los caracteres de permanencia y estabilidad en la relación, en contraposición a esporádica u ocasional⁴¹.

Recientemente, esta línea jurisprudencial ha sido seguida en términos similares por la SAP Valencia, 27 marzo 2017⁴², la cual ha establecido que convivir bajo el mismo techo únicamente en vacaciones o en fines de semana no es óbice para declarar la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital.

⁴¹ MAGRO SERVET, V.: “La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma”, *Actualidad Civil*, núm. 10, ed. LA LEY, quincena del 16 al 31 de mayo de 2012, p. 6.

⁴² SAP Valencia, 27 marzo 2017 (LA LEY 68718/2017).

IV. FUNDAMENTOS, INCOHERENCIAS Y PROPUESTAS

Si analizamos la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo nos podemos preguntar si verdaderamente acierta con la interpretación que establece a raíz de los dos cánones interpretativos de los que se sirve.

Es verdad que si, simple y llanamente, nos basamos en la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, evidentemente hemos de llegar al mismo lugar a consecuencia de la imperante actualidad. Pero, si tenemos presente el canon de finalidad de la norma, que, en efecto, es el más importante⁴³, el resultado no puede ser tal.

Decir que la “ratio” final de la expresión “por convivir maritalmente con otra persona” incluida dentro del propio artículo 101 CC es evitar el fraude de ley, desde mi punto de vista es quedarse corto. Claro que el objetivo más inmediato era ese, pero no debemos olvidar que estamos hablando de la extinción de la pensión compensatoria, y como tal no podemos prescindir de la razón última de su existencia, la superación del desequilibrio. De lo contrario se pueden producir verdaderas injusticias. Al final, si no seguimos la guía de la superación del desequilibrio, no alejamos del problema, y con un intento del salvar la clásica picaresca que caracteriza nuestro país, estaríamos incurriendo en un error. Error que como se ha puesto de relieve antes también cometen otros países de nuestro entorno⁴⁴. Poner el foco en distinguir que tipos de relación se asemejan más al matrimonio y cuáles no, es meterse en un callejón sin salida, ya que las variantes son inclasificables e incluso, hoy en día, una relación matrimonial puede carecer de una esfera patrimonial, donde la economía de cada uno sea completamente independiente. Como apunta la doctrina, parece ser que lo que se pretende es impedir a todo costa que el deudor pueda llegar a mantener indirectamente a la nueva pareja de su ex esposa⁴⁵.

Respecto a las inconsistencias que puede llegar a crear dicha interpretación resulta muy elocuente VELA SÁNCHEZ⁴⁶. Uno de los ejemplos se corresponde con el hipotético caso de una mujer de edad ya madura que durante muchos años se haya ocupado de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos (teniendo, por consiguiente, derecho a una pensión vitalicia o de larga duración) y que finalmente por

⁴³ El Código Civil es claro, “las normas se interpretaran [...] atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

⁴⁴ En Italia, se ha planteado la distorsión que puede suponer que en su legislación se ajuste el “assegni” (pensión) al “tenore di vita” (tenor de la vida) que había disfrutado el “coniuge debole” (el cónyuge débil). Reflexiona sobre dicha circunstancia BERTI DE MARINIS, G.: “Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016, pp. 79-81. Igualmente, en la siguientes páginas también pone de manifiesto que las vicisitudes posteriores al divorcio, como una alteración en los patrimonios de los cónyuges, pueden suponer una modificación del “assegni”.

⁴⁵ Preocupante es el razonamiento que llegó a declarar en su día la SAP Palma de Mallorca, 22 marzo 1988, al señalar que ni “legal ni humanamente puede obligarse al marido a que contribuya al sostenimiento de un hogar que le es, no solo ajeno, sino probablemente del todo odioso”.

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción”, cit.

desavenencias en el matrimonio se divorcien los cónyuges. Hasta ahí, nada fuera de lo normal, pero pongamos por caso que la mujer al poco tiempo, por ejemplo, un año, comience una relación de pareja con otro hombre, que no necesariamente sea pudiente, que incluso esté igual o más necesitado que ella. ¿Sería justo extinguir la pensión a la que tendría derecho por el mero hecho de acoger la interpretación extensiva que hace el Tribunal Supremo?. A mayor abundamiento, aunque la nueva pareja pudiese mantener a la ex esposa, es que acaso una relación que ni siquiera debe cumplir los requisitos de vida y proyecto en común ha de tener una esfera patrimonial. Y si ya rozamos el rizo, es que acaso no sería equitativo que la mujer tenga derecho a una compensación por su sacrificio y consiguiente beneficio de su ex cónyuge, con independencia de su futura vida personal.

Otro supuesto que se puede dar en la práctica, si bien en otro orden de la materia, sería el caso de un matrimonio con las mismas circunstancias que el anterior, salvo que al poco tiempo del divorcio (por ejemplo, un año como en el caso anterior), en lugar de encontrar la ex esposa una nueva pareja, el ex marido acabe en el paro con una reducción significativa de sus ingresos y, en consecuencia, pudiese prosperar una demandada de modificación de medidas por la nueva situación económica del deudor. ¿Sería justa para el acreedor la posible extinción para siempre (sin posibilidad, de que cuando las condiciones económicas del deudor mejoren, la recupere) de la pensión compensatoria por el mero cambio de circunstancias?

Basándose sobre todo en el primero de los supuestos, VELA SÁNCHEZ asevera que “si el fundamento de la compensación es el desequilibrio económico –o la necesidad, en su caso- y tal desequilibrio desaparece, cesa la obligación; más, si se mantiene, cualquiera que sea la situación personal de la persona beneficiaria, el beneficio debiera conservarse”⁴⁷. Por tanto, considera que la nueva relación de pareja no puede suponer automáticamente la desaparición del desequilibrio y sería más acertado añadir el siguiente apartado en el art. 101 CC: “Tampoco se extingue el derecho a la pensión en caso de contraer nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona si: A) Ésta tiene ingresos inferiores al 50% del SMI o el Juez lo estima procedente atendidas las circunstancias que dieron lugar a la prestación. B) El prestador de la pensión ha sido condenado por violencia de género en el ámbito familiar ejercida sobre la perceptora de la misma”⁴⁸.

No obstante, la propuesta de VELA SÁNCHEZ encierra varias dificultades. Las cuales giran fundamentalmente en el ámbito probatorio, a saber, cómo estimamos los ingresos de la nueva pareja. Además, paradójicamente nos estaríamos alejando otra vez del que debería ser el verdadero propósito de la pensión compensatoria, atribuyendo el sostenimiento del perceptor de la pensión a la nueva pareja, en defecto de la anterior. Cuando, desde mi punto de vista, un sistema indemnizatorio más objetivo como es la institución del enriquecimiento injusto sería lo más adecuado (como las parejas de hecho), ya que nos olvidaríamos de las posteriores vicisitudes en la vida del perceptor de la pensión. Así, correspondería a quien se ha

⁴⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción”, cit.p. 10.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 11.

visto beneficiado de la dedicación al hogar del deudor⁴⁹ de la pensión compensar el desequilibrio creado tras la ruptura.

De todos modos, la propuesta de VELA SÁNCHEZ tampoco me acaba de convencer por su punto B, habida cuenta que parece estar creando una nueva sanción penal, en forma de multa, en la legislación civil. La cual debe ser ajena al reproche penal y únicamente indemnizar los daños patrimoniales y morales que debidamente se acrediten a raíz de un determinado hecho.

Por todo ello, si dejamos de lado soluciones complejas y alambicadas, y consideramos que lo más importante es la desaparición del desequilibrio creado por la ruptura, una salida sencilla sería dejar solo la primera de las causas de extinción: “El cese de la causa que lo motivó”.⁵⁰ Siendo irrelevante la ulterior vida marital o personal que tenga el perceptor de la pensión.⁵¹

Sin embargo, sus inconsistencias no acaban aquí. Por un lado, no resulta coherente la postura del Supremo con la supuesta finalidad que debe tener la pensión compensatoria. Pero, por otro lado, tampoco parece que la función que le pretende atribuir el legislador y los Tribunales case con el modelo tendente de sociedad. Dado que, en definitiva la pensión compensatoria tiene unos tintes asistenciales, alejados de lo que sería una pura compensación, que son herederos del momento en que fue creada.

De hecho, muchos autores ya han cuestionado el fundamento e incluso la propia existencia de la pensión compensatoria⁵². Algunos, como ORTUÑO MUÑOZ, han

⁴⁹ O la actividad profesional de su cónyuge, etc.

⁵⁰ Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas. Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales”, en AAA.VV.: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales* (coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 26-28, 32, 47-49; y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán* (coord. C. J. MALUQUER DE MOTES Y BERNET), 2ª ed, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 247-248; y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 61. Además, dicha postura se relacionaría bien con lo que ha puesto de manifiesto otra doctrina como VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción”, cit., p. 1 y BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción*, cit., p. 244, cuando señalan que al legislador no debe importarle lo que haga el perceptor con los ingresos recibidos. También, CABEZUELO ARENAS, A.L.: “La pensión por desequilibrio económico”, en “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 571; apunta que se está dejando “inconclusa la finalidad reparadora de la pensión”.

⁵¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 65 y ss.

⁵² Muchos han sido los que han comparado la pensión compensatoria con un contrato de mantenimiento vitalicio o con el aprobar una oposición. Destacaría a MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derechos de Familia de 2005* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 30, por su naturalidad cuando viene a decir, que si se quieren asegurar la vida después del matrimonio que concierten un seguro de vida matrimonial, no hay que confundir un seguro con el matrimonio.

llegado a decir que es un precepto propio de un profundo “paternalismo machista”⁵³. Al final, en mi opinión la pensión compensatoria, siendo críticos y aún con algunas excepciones, no tiene mucho sentido en el modelo de familia actual. En cierta medida, parece que tenga la naturaleza propia de un derecho transitorio. Es decir, un instrumento creado por el legislador para dar virtualidad al divorcio en la década de los ochenta cuando éste retornó a nuestro país. En ese sentido, siendo el típico modelo de familia, en aquel momento, el de marido trabajador fuera de casa y esposa al cuidado de los hijos y del hogar, resultaría muy difícil a la mujer divorciarse si no era asistida por su ex marido. Por tanto, mayoritariamente superado ese modelo, o, por lo menos, cada día más. No resulta tan justificable la existencia, hoy en día, del mecanismo de la pensión compensatoria.

Todo esto, también ha llevado a GUTIÉRREZ SANTIAGO, entre otros autores⁵⁴, a abogar por la supresión de la pensión compensatoria⁵⁵. Entre otros argumentos, comparte su poca compatibilidad con la sociedad actual, asimismo destaca lo absurdo que resulta diferenciar entre vida marital y no marital, cuando estaríamos manejando un concepto imposible⁵⁶. Tal como se ha puesto de relieve antes, salvo la forma, carecemos de referencias objetivas para diferenciar con absoluta certeza ambas realidades. Igualmente, considera surrealista valernos de datos como la “necesidad de los cónyuges” o el “caudal y medios económicos”⁵⁷, si su pretendida finalidad es verdaderamente la compensación de un desequilibrio que tiene su causa en los distintos roles que han asumido los cónyuges durante el matrimonio.

V. CONCLUSIÓN

En resumen, después de todo lo expuesto creo que la salida más adecuada es la postura que finalmente propone GUTIÉRREZ SANTIAGO. Es decir, recurrir a la teoría del enriquecimiento injusto y aplicarla a ambas realidades, a saber, tanto a las parejas de hecho como al matrimonio. De esta forma, se repararía la pérdida de expectativas laborales y económicas, en relación al desigual desempeño en la tareas del hogar, el cuidado de los hijos; así como, también se podrían compensar otras situaciones, entre ellas, la colaboración en las actividades de otro cónyuge de forma desinteresada durante el matrimonio. Lo que haría mucho más objetiva y sobre todo justa la compensación tras la ruptura de la pareja. Pero, lo más importante sería que se indemnizarían los perjuicios causados ahí donde se hubiesen acreditado, sin valernos con carácter general de un instrumento que irremediablemente siempre presenta un aspecto asistencial que no es propio de la sociedad actual.

Si analizamos detenidamente la postura del Tribunal Supremo, ésta no es más que

⁵³ ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 90.

⁵⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad”, cit.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit.; y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: “Efectos”, cit.

⁵⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 226.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 216.

⁵⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital”*, cit., p. 209.

un intento de salvar otro fraude. Si la extinción por vida marital fue creada para evitar el fraude de no casarse (para no perder la pensión), son ahora las parejas las que renuncian a vivir bajo un mismo techo o proyecto en común, para evitar también la extinción por vida marital. Haciendo harto difícil la prueba de una vida en común. Por todo ello, parece que el Supremo haya tomado una decisión salomónica dentro de sus propias facultades, los Tribunales no pueden cambiar la ley. No obstante, me pregunto si no sería más salomónico y, al mismo tiempo, más conforme con los tiempos que corren poner fin a la que se nos antoja ya vetusta pensión compensatoria. Si hemos repetido a lo largo de la comunicación que diferenciar entre vida marital y no marital cae en lo indescifrable, para qué nos vamos a devanar los sesos en distinguir entre aquello que se asimila al matrimonio y aquello que no se asimila al matrimonio, cuando los elementos que antaño caracterizaban al matrimonio han desaparecido. No sería más acorde con el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a la libertad nupcial (art. 32.1 CE), renunciar a la pensión compensatoria e instituir para el matrimonio, al igual que ya está para las parejas de hecho, la utilización de la teoría del enriquecimiento injusto. Dando lugar a una indemnización que sería ajena a la posteriores vicisitudes que tenga el perceptor de la compensación.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BERTI DE MARINIS, G.: “Assegno di separazione ed assegno divorzile nel sistema italiano delle crisi familiari”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016.

BLANCO SARALEGUI, J.M.: “Pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, núm. 9049, 2017.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: “La pensión por desequilibrio económico”, en “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho común: Propuestas. Especial relevancia de tal necesidad en el ámbito de las crisis matrimoniales”, en AAA.VV.: *Aspectos civiles y*

penales de las crisis matrimoniales (coord.. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Lex Nova, Valladolid, 2009.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La “vida marital” del perceptor de la pensión compensatoria*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MAGRO SERVET, V.: “La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma”, *Actualidad Civil*, núm. 10, ed. LA LEY, quincena del 16 al 31 de mayo de 2012.

MALUQUER DE MOTES Y BERNET., C. J.: “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán* (coord. C. J. MALUQUER DE MOTES Y BERNET), 2ª ed, Bosch, Barcelona, 2005.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: “Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas de Derechos de Familia de 2005* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: “Pensión compensatoria: vitalicia y temporal aplicación del principio “pacta sunt servanda”, cuando la pensión compensatoria se establezca con otros fines que no sean los establecidos en el art. 97 CC”, *Práctica de Tribunales*, núm. 124, Wolters Kluwer, Enero-Febrero 2017.

MONTERO AROCA, J., BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C., CALDERÓN CUADRADO, R., Y FLORS MATÍES, J.: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A.: “La pensión compensatoria en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, núm. 8010, 2013.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo IV, Lex Nova, Valladolid, 2007.

ROMERO COLOMA, A.M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75, Aranzadi, 2017,

SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de cólera”, *Diario La Ley*, núm. 7459, 2010.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. Naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción*, Lex Nova, 2ªed, Valladolid, 2003.



NEGATIVA DEL NOTARIO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA
PÚBLICA DE SEPARACIÓN O DIVORCIO. CONSECUENCIAS
PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA AL EXCESO DE CELO EN LA
LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SOBRE LA PRESTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO DE LOS HIJOS

*NEGATIVE OF THE NOTARY TO THE AWARD OF PUBLIC WRITING OF SEPARATION
OR DIVORCE. PROCEDURAL CONSEQUENCES. SPECIAL REFERENCE TO EXCESS OF
ZEAL IN THE LAW OF THE VOLUNTARY JURISDICTION ON THE PROVISION OF THE
CONSENT OF THE CHILDREN*

ANA ISABEL SERVÁN ALEGRE

Abogada

Doctoranda en Derecho Privado, Universidad de Salamanca, España

aiservan@gmail.com

RESUMEN: El legislador, tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permite a los cónyuges acudir al Notario para tramitar su separación o divorcio de mutuo acuerdo. El presente trabajo examina los motivos y las consecuencias procesales de la negativa del Notario al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio. Entre otras cuestiones, será fundamental el consentimiento de los hijos mayores de edad o menores emancipados respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Así pues comprobaremos el grado de intervención de los hijos mayores de edad o menores emancipados en el divorcio de sus padres y las múltiples interpretaciones de esta exigencia legal.

PALABRAS CLAVE: divorcio, mutuo acuerdo, hijos mayores de edad, menores emancipados, ingresos propios, domicilio familiar.

ABSTRACT: The legislator, after the reform of the Civil Code by Law 15/2015, of July 2, of the Voluntary Jurisdiction, allows the spouses to go to the Notary to process their separation or divorce by mutual agreement. The present work examines the reasons and procedural consequences of the Notary's refusal to grant a public deed of separation or divorce. Among other issues, the consent of the children of legal age or minors emancipated with respect to the measures that affect them due to lack of their own income and to live in the family home will be fundamental. So we will check the degree of intervention of children of legal age or minors emancipated in the divorce of their parents and the multiple interpretations of this legal requirement.

KEY WORDS: divorce, mutual agreement, children of legal age, emancipated minors, own income, family home.

FECHA DE ENTREGA: 14/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. NEGATIVA DEL NOTARIO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DIVORCIO. CONSECUENCIAS PROCESALES.- III. ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O MENORES EMANCIPADOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su Disposición Final Primera, mediante la modificación de determinados artículos del Código Civil, amplía la autonomía de la voluntad de los cónyuges permitiéndoles la tramitación de su separación o divorcio de mutuo acuerdo de forma alternativa entre el Notario y el Letrado de la Administración de Justicia. Sin embargo, en este trabajo únicamente nos centraremos en las separaciones o divorcio tramitados ante Notario¹.

Así, establece el artículo 82 del Código Civil que “1. Los cónyuges podrán acordar su separación o divorcio de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial² o en escritura pública ante Notario [...]”. El artículo 87 del Código Civil, respecto del divorcio, afirma: “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario [...]”.

De la nueva redacción dada por el artículo 82 del Código Civil se desprenden una serie de requisitos fundamentales para que los cónyuges puedan acudir al Notario para tramitar su separación o divorcio, que son los siguientes: que la separación sea de mutuo acuerdo, que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio y que no existan hijos menores de edad o mayores con la capacidad modificada judicialmente.

Uno de los temas más controvertidos en cuanto al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio ante Notario es el consentimiento obligatorio que tienen

¹ De los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística en las Notas de prensa de fecha 25 de septiembre de 2017 (http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf), teniendo en cuenta que en el año 2016 el 76,6 % de los divorcios y el 85,1 % de las separaciones fueron de mutuo acuerdo y que el 43 % de los cónyuges que se divorciaron o separaron, bien de mutuo acuerdo o de forma contenciosa, no tenían hijos (menores de edad o mayores dependientes) y el 4,6 % de los cónyuges sólo tenían hijos mayores de edad dependientes económicamente, podemos afirmar que en la actualidad existe un gran número significativo de parejas que tienen la posibilidad de acudir al Notario para tramitar su separación o divorcio de mutuo acuerdo.

² Cabe hacer una precisión y es que la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha utilizado una terminología arcaica ya que los Secretarios judiciales han pasado a denominarse “Letrados de la Administración de Justicia” a raíz de la reforma operada en la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

que prestar los hijos mayores de edad o menores emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar respecto de las medidas que les afecten.

Antes de la reforma de este artículo, producida en 2015, no existía ningún artículo que de forma directa aludiera a la necesidad de que los hijos mayores de edad o menores emancipados tuvieran que intervenir en la separación o divorcio de sus padres.

II. NEGATIVA DEL NOTARIO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DIVORCIO. CONSECUENCIAS PROCESALES

El artículo 90, apartado 2, párrafo tercero, del Código Civil (redactado por el apartado veintitrés de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) *dispone lo siguiente*: «Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 90, apartado 2, del Código Civil el Notario deberá emitir un juicio de valor sobre los acuerdos pactados por los cónyuges en el convenio regulador y en el supuesto de que aprecie que alguno de ellos pudiera ser dañoso o perjudicial para uno de los cónyuges o para el/los hijo/s mayor/es de edad o menor/es emancipado/s dará por terminado el expediente. En este supuesto, la única vía posible para que los cónyuges puedan tramitar su separación o divorcio será acudir a la vía judicial.

Un problema que puede plantearse es que, ante la negativa del Notario de otorgar la escritura pública de separación o divorcio, por dar por terminado el expediente, puedan los cónyuges acudir a otro Notario para la tramitación de su separación o divorcio. Esto es debido a que no existe conexión telemática que permita al Notario notificar que ha dado por terminado un expediente de separación o divorcio, ni los motivos por los que se niega a tramitar el mismo. Por ello sería conveniente, para así evitar la repetición de expedientes, la colaboración institucional para la creación de una conexión telemática entre el cuerpo notarial que permita al Notario notificar la terminación de un expediente y los motivos por los que no ha procedido al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio. En este sentido, el único mecanismo de comunicación de los expedientes de separación o divorcio ante Notario que prevé la ley es el artículo 61 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³. En este artículo se contempla la obligación que tiene el Notario de

³ Redactado por el apartado cinco de la disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

remitir por medios electrónicos a la Oficina General del Registro Civil la escritura pública de separación o divorcio; sin embargo, no existen esos medios electrónicos a los que alude la ley; por lo que de momento se podrá enviar únicamente una copia autorizada en formato papel.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O MENORES EMANCIPADOS

Es novedosa la intervención de los hijos mayores o menores emancipados mediante la prestación de su consentimiento en la separación o divorcio de sus padres ante Notario. Así, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 82 del Código Civil exige que para el otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio (artículo 87 del Código Civil) “los hijos mayores de edad o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”; requisito que a nuestro juicio necesita de un mayor desarrollo legislativo.

Antes de adentrarnos en el núcleo de este apartado, procede señalar unas breves pinceladas sobre dos Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Mediante la Enmienda número 327 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 22 de abril de 2015), se propuso la modificación de la Disposición final primera, apartado dieciséis (luego Disposición final primera, apartado dieciocho de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria) que contenía la nueva redacción del artículo 82 del Código Civil. En lo que nos atañe en este trabajo cabe destacar que en esta Enmienda se propuso la supresión del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 82 del Código Civil que dice: “Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”; y también se propuso la adición en el apartado 2 del artículo 82 del Código Civil de lo siguiente: “No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, ni cuando haya hijos mayores o menores emancipados a los que pueda afectar por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”. La motivación expuesta en esta Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista es la siguiente: «[...] Además de a la convivencia y al vínculo, la separación y el divorcio también afectan a estas relaciones, por lo que no parece que pueda reducirse a un mero acuerdo entre las partes la determinación de los efectos. La acumulación en vía judicial de la decisión sobre la separación o divorcio y sobre los alimentos de los hijos mayores o emancipados que, careciendo de ingresos propios, convivan en el domicilio familiar. Esta acumulación no responde sino a un criterio de economía procesal, pero en ningún caso a la identificación de la cuestión de los alimentos como uno de los efectos propiamente atribuibles a la crisis matrimonial. Por ello, a diferencia del proceso judicial donde cabe la acumulación de los distintos aspectos relevante al acuerdo de separación,

toda vez que es esa instancia la que en última instancia ha de velar por los derechos de las partes implicadas, en el caso del expediente notarial no parece apropiado que esos asuntos queden bajo la esfera del notario, y mucho menos que puedan acumularse junto con la separación o divorcio en sí mismos; entre otras cosas porque hay derechos, como el de alimentos que no cabe entender perdidos por la firma de los mayores afectados».

En el mismo sentido, la Enmienda número 328 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista propuso la modificación de la Disposición final primera, apartado veintiuno, del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que contenía la redacción del artículo 90 del Código Civil; modificación que no incluía referencia alguna en el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 90 del Código Civil sobre la obligatoriedad por parte del Notario (o Letrado de la Administración de Justicia) de valorar si en el convenio regulador presentado por los cónyuges existía alguna medida que pudiese resultar dañosa o gravemente perjudicial para los hijos mayores de edad o menores emancipados. Y esto en relación con la necesidad de la supresión de la separación o divorcio notarial en el caso de la existencia de hijos mayores de edad dependientes por no tener ingresos propios.

Para hacernos una idea sobre el exceso de celo existente en la legislación ante la existencia de hijos mayores o menores emancipados en la tramitación de separación o divorcio de mutuo acuerdo, debemos interpretar el citado artículo 82.1 párrafo 2 del Código Civil. El problema fundamental es ¿respecto qué medidas puede el hijo mayor de edad o menor de edad emancipado dar su consentimiento?, ¿qué pasa si no prestan su consentimiento?

El hijo mayor de edad o menor emancipado deberá prestar su consentimiento respecto de las medidas que le afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. En mi opinión la ley es bastante clara refiriéndose entonces al uso de la vivienda familiar y a la posible pensión de alimentos que pudiera corresponderle cuando alude a la expresión “respecto de las medidas que le afecten”. Obviamente no se trata de que los hijos presten su consentimiento respecto de la separación o divorcio de sus padres, pues el acuerdo de divorcio o separación no puede depender de otras voluntades distintas de los cónyuges, es decir de terceros.

Este consentimiento obligatorio que deben prestar los hijos mayores o menores emancipados, en opinión de CARRIÓN VIDAL, A. «Se trata la anterior de una regla que desgraciadamente tiene que ver, y mucho, con la ya más que prolongada crisis económica que sufre el país. Y es que el legislador parte ya del dato inexorable representando por los miles de jóvenes mayores de edad que, al carecer de trabajo y consecuentemente de ingresos propios, carecen asimismo de cualquier otra alternativa que no sea la de “convivir en el domicilio familiar”. La referencia a los “menores emancipados” quizá se ofrezca innecesaria y responda en definitiva al prurito legislativo de referirse a ellos cuando, anteriormente, lo ha hecho a “los hijos

mayores de edad»⁴.

La obligatoria prestación del consentimiento de los hijos mayores de edad o menores emancipados en la escritura pública de separación o divorcio puede limitar la libertad de los cónyuges de tramitar su separación o divorcio de mutuo acuerdo; este consentimiento puede resultar en ocasiones perjudicial para los cónyuges ya que en muchas ocasiones supondrá introducir un elemento de conflicto en una separación o divorcio de mutuo acuerdo; no tiene mucho sentido que ese consentimiento sea exigido en la tramitación del divorcio o separación notarial y no se haya exigido antes de la reforma cuando se tramitaba judicialmente.

Respecto del consentimiento de los hijos mayores de edad o menores emancipados respecto de las medidas que no les vinculan de forma directa sino que en principio son medidas que vinculan exclusivamente a los cónyuges, HERAS HERNÁNDEZ, M.M. considera que «De otro modo podría coartarse la libertad de los esposos para ordenar los efectos deseados en su separación o divorcio. Por otra parte, pienso que estas medidas serán las menos, aunque, desde luego, se verán afectados por determinadas decisiones como el acuerdo en virtud del cual se pacta la venta de la vivienda familiar en la que conviven con sus padres o el cambio de domicilio de uno de los progenitores con el que quiere seguir viviendo a una ciudad diferente, por ejemplo, a la que cursa sus estudios universitarios». Añadiendo que «el fundamento de la exigencia legal referida a la prestación del consentimiento por parte de los hijos mayores o menores emancipados es velar por el interés de la familia y de los miembros que la componen»⁵.

El grado de intervención de los hijos mayores de edad o menores emancipados en el divorcio de sus padres es una cuestión debatida también en el cuerpo notarial, pues en ocasiones los notarios no saben sobre qué medidas deben consentir los hijos. En opinión del Notario BARRIOS ÁLVAREZ, J.: «Cada vez que los notarios nos vemos ante un divorcio con hijos mayores nos planteamos cómo interpretar este párrafo y, por lo que he podido contrastar, no hay dos opiniones iguales; de hecho que venga un mayor de edad a consentir no se sabe muy bien qué causa cierta inquietud, generada sin duda por un precepto confuso y desafortunado»⁶.

Otra cuestión que debe plantearse es la siguiente: qué medios de prueba son necesarios para acreditar los hechos manifestados por los cónyuges a la hora de tramitar su separación o divorcio ante Notario. Entre otras, y en lo que aquí nos concierne, deben probar la edad de los hijos mediante la acreditación oportuna (certificado de nacimiento, libro de familia) y el domicilio familiar (para comprobar la competencia territorial, como el certificado del Padrón Municipal); pero hay

⁴ CARRIÓN VIDAL, A.: “Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 403.

⁵ HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “Separación y divorcio en España hoy”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015, p. 16.

⁶ BARRIOS ÁLVAREZ, J.: “La intervención de los hijos mayores de edad en el divorcio de sus padres”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 72, 2017.

hechos que no se pueden probar de forma fehaciente, pues pensemos en el hecho de probar la inexistencia de hijos, o que los hijos habidos durante el matrimonio son mayores de edad o menores emancipados y que no conviven en el domicilio familiar y que además no dependen económicamente de sus padres, o la inexistencia de un procedimiento judicial ya en curso, entre otras. De momento, de acuerdo con la legislación existente, para la prueba de estos hechos bastará con que la escritura pública de separación o divorcio contenga una manifestación de los cónyuges que aseguren la inexistencia de circunstancias que impidan la tramitación de la separación o divorcio notarial.

Por tanto, tras la reforma de 2015 la Ley exige al Notario un control de lesividad semejante al exigido en el caso de divorcio judicial⁷ con la salvedad de que si el Notario considera que existe un acuerdo contenido en el convenio regulador que pueda resultar dañoso para el hijo mayor de edad o menor emancipado respecto de alguna medida que le afecte por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar, como puede ser la pensión de alimentos o el uso de la vivienda familiar, tiene que dar por terminado el expediente. Así, la legislación prevé como única solución la vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS ÁLVAREZ, J.: “La intervención de los hijos mayores de edad en el divorcio de sus padres”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 72, 2017.

CARRIÓN VIDAL, A.: “Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “Separación y divorcio en España hoy”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015.



⁷ Artículo 90.2, párrafo tercero del Código Civil, y 777.10 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil